Vorstand und Aufsichtsrat im alten und neuen Aktienrecht

(Eine vergleichende Untersuchung).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann Wolfgang Goethe-Universität

zu Frankfurt a. M.,

vorgelegt von

Walter Rumpf

Gerichtsreferendar

aus

Butzbach/H.

1939.

Dissertationsverlag Karl J. Triltsch, Würzburg

1. Gutachter: Prof. Dr. Schantz.

2. Gutachter: Prof. Dr. Klausing.

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Februar 1939.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547418_0114

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. 1

I. Kapitel.

§ 1. Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechtes unter besonderer Berücksichtigung von Vorstand und Aufsichtsrat. . . 3

II. Kapitel: Der Vorstand.

§ 2. Bestellung und Widerruf. 7
§ 3. Die Geschäftsführung des Vorstandes. 14
§ 4. Die Vertretungsmacht des Vorstandes. 22
§ 5. Der Vorsitzer. 28
§ 6. Die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit. 32
§ 7. Das Recht auf Bezüge. 37
§ 8. Zulässigkeit der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder. . 42
§ 9. Die Berichterstattungspflicht. 45
§ 10. Die Einberufung des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung durch den Vorstand. 48
§ 11. Die Feststellung des Jahresabschlusses. 51
§ 12. Die besondere Pflicht des Vorstandes bei Verlusten. . . 53

III. Kapitel: Der Aufsichtsrat.

§ 13. Die Bestellung und Beendigung des Aufsichtsrates und der Aufsichtsratsmitglieder. 55
§ 14. Die Organisation des Aufsichtsrats. (Zahl der Aufsichtsratsmitglieder, die Teilnahmeberechtigung an den Sitzungen des Aufsichtsrates, der Vorsitzer, die Beschlußfähigkeit und die Beschlußfassung des Aufsichtsrates.) 71
§ 15. Der Aufsichtsrat als Kontrollorgan. 84
§ 16. Der Aufsichtsrat als Kreationsorgan. 89
§ 17. Prüfungs- und Berichterstattungspflicht des Aufsichtsrates. . 94
§ 18. Die Möglichkeit der Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat. 95
§ 19. Das Recht des Aufsichtsrates auf Einberufung der Hauptversammlung. 95
§ 20. Rechte des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand. (Das Recht auf Berichterstattung durch den Vorstand, Recht auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher.) 97
§ 21. Die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit. 99
§ 22. Die vermögensrechtliche Stellung der Aufsichtsratsmitglieder. 101

IV. Kapitel: Der Vorstand und Aufsichtsrat nach altem und neuem Aktienrecht, betrachtet unter leitenden Gesichtspunkten.

§ 23. Die Stellung von Vorstand und Aufsichtsrat als Organ. . 105
§ 24. Die Verwertung des Führergedankens bei der Neugestaltung des Rechtes des Vorstands und Aufsichtsrats. 112
§ 25. Die Neugestaltung unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes. 119
§ 26. Die Verschärfung der Haftung des Vorstands und Aufsichtsrats. 125

Einleitung.

Anlaß zur Themastellung war eine Reihe von Abhandlungen in der Tagespresse und im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, die sich mit der Bedeutung der Umgestaltung des Aktienrechtes befaßten. Besondere Beachtung fand die Neugestaltung des Rechtes von Vorstand und Aufsichtsrat, und es lag daher nahe, einen Vergleich zum alten Recht zu ziehen.

Die Vergleichung eines Rechsinstitutes nach zwei gesetzlichen Regelungen muß m. E. in doppelter Weise geschehen. Einmal müssen die gesetzlichen Bestimmungen im einzelnen einander gegenübergestellt werden; dies selbstverständlich nur insoweit, als sie wesentliche Abweichungen voneinander zeigen. Da aber jede Einzelvergleichung dazu führt, daß das Gesamtbild unklar und verwischt wird, und die leitenden Prinzipien nicht zusammenhängend und deshalb ungenügend erfaßt werden, ist es notwendig, diese in einem weiteren Abschnitt, soweit erforderlich, gesondert zu behandeln.

Der Verfasser war sich von vornherein bewußt, daß eine Vergleichung, wie sie vorgenommen werden soll, die Gefahr in sich birgt, daß die Untersuchungen einen stark kommentarmäßigen Charakter zeigen müssen. Um einigermaßen diesem Mißstand entgegenzutreten, soll die Gegenüberstellung in der Art erfolgen, daß — soweit als möglich — die zu einem Sachgebiet (z. B. Organisation, Aufgabenkreis des Vorstandes) gehörenden Paragraphen jeweils zusammengefaßt einander gegenübergestellt werden.

Anmerkung: Da bei einer Betrachtung des alten Aktienrechtes das Schrifttum möglichst erschöpfend herangezogen werden sollte, war es nicht zu umgehen, daß, wenn auch in beschränktem Maße, Abhandlungen von Nichtariern angeführt werden mußten.

I. Kapitel.

§ 1. Geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts, mit besonderer Berücksichtigung von Vorstand und Aufsichtsrat.

Die Reform des Aktienrechts, die schon in den Jahren vor der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus begonnen wurde, ist mit Erlaß des neuen Aktienrechts am 30. Januar 1937 beendet worden. Staatssekretär Dr. Schlegelberger führte in seiner Rede am 15. August 1935[1]), in der er die Grundzüge der geplanten Neuordnung im Sinne des Nationalsozialismus darlegte, aus, daß sich diese Erneuerung zum großen Teil auf die mannigfaltigen Erfahrungen stützt, die im Verlauf der Entwicklung des Aktienrechts gewonnen worden sind. Mit Rücksicht darauf erscheint es angebracht, zu Beginn der Arbeit einen kurzen Überblick über die interessante geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Vorstand und Aufsichtsrat oder ihren entsprechenden Organen zu geben, da die Kenntnis dieser Entwicklung zum besseren Verständnis der fortlaufenden und abschließenden Reformen wesentlich beiträgt.

Als eine der ältesten Formen der Aktiengesellschaft ist die „Georgsbank" in Genua zu nennen, deren Gründungszeit in den Anfang des 15. Jahrhunderts fällt. Ihrem rechtlichen Aufbau nach war diese Vereinigung von Privatpersonen, die der Stadt Genua gegen Gewährung gewisser Staatseinkünfte einen Kredit gegeben hatten, genau wie die heutige Aktiengesellschaft eine mit Rechten und Pflichten ausgestattete selbständige Korporation, an der die einzelnen Mitglieder frei veräußerliche Anteile besaßen, deren Summe das Grundkapital war, auf welches das einzelne Mitglied, seinem Anteil entsprechend, gewisse Einlagen zu leisten hatte, außerhalb deren es keinerlei Verpflichtungen bzw. Haftung trafen.

Diese älteste Unternehmungsform der Aktiengesellschaft ist insofern höchst interessant, da sich schon damals, zu Beginn des 15. Jahr-

1) Vgl. Frankft. Ztg. Nr. 432, I vom 25. 8. 1935.

hunderts, die wesentlichen Merkmale unserer heutigen Aktiengesellschaft zeigen: eine auf einem Grundkapital aufgebaute Vereinigung, wovon das Grundkapital wiederum in einzelne Anteile — Aktien — zerfällt, denen eine grundsätzlich frei übertragbare Mitgliedschaft entspricht. Der einzelne Aktionär wiederum war — ebenso wie heute — seinem Anteil entsprechend zur Einlage verpflichtet, ohne jedoch den Gläubigern der Gesellschaft zu haften. Die Verfassung war streng aristokratisch. Im Jahre 1411 wurde eine Art Statut aufgestellt[2]), das die Wahl des Vorstandes, der 8 protettori, regelte. Kurze Zeit später ensteht auch die aus 480 Großaktionären bestehende Generalversammlung, der gran consiglio, und außerdem war ein dem heutigen Aufsichtsrat ähnliches Gebilde, die Behörde der sindicatori, schon vorhanden, die Genueser Bürgerrechte besitzen mußte und der im übrigen Aufsichtsrechte zugewiesen waren.

Nach diesem ältesten Vorbild der Georgsbank wurde gegen Ende des 16. Jahrhunderts die Ambrosiusbank in Mailand gegründet, die sich ebenfalls als eine Vereinigung von Staatsgläubigern darstellte, aber mehr den Charakter einer Aktien-Kommanditgesellschaft hatte[3]).

Trotz den schon damals vorhandenen Ähnlichkeiten mit der heutigen Rechtsform der Aktiengesellschaft sind diese italienischen Banken jedoch nicht die Wurzel unserer heutigen Unternehmungsformen. Diese knüpfen vielmehr an das niederländische Recht und zwar an die großen Handelskompanien des 17. Jahrhunderts an, deren erste die Niederländisch-Ostindische Kompanie von 1602 war, die, als eine Vereinigung mehrerer Seehandelsgesellschaften, die sich mit überseeischen Kolonialhandel befaßt. Ihre Gründung geschah durch besonderes Privileg — Oktroy —, welches — zusammen mit der Satzung — Verfassung und Recht der einzelnen Gesellschaften begründete[4]). Als verwaltendes Organ wurde die sogenannte „bewindhebbers" tätig, die zumeist noch städtische Magistrate waren. Sie wurden teils von der Regierung teils von dem Rat der Hauptpartizipanten[5]) auf bestimmte Frist oder auch Lebenszeit bestellt,

2) Lehmann, I S. 42, 44, 49.
3) Lehmann, I S. 47.
4) Bemerkenswert ist, daß auch das Wort „Aktie" das erstemal in Holland aufkam und damals wahrscheinlich zunächst nur den Anspruch auf Dividende bedeutete.
5) Lehmann, I S. 62, 63.

und ihnen stand die Geschäftsführung der Kompanie zu. Sie wurden aber in ihrer Tätigkeit weitgehend überwacht und bestimmt durch den Rat der Hauptpatizipanten, ein aus Großaktionären gebildeter und bevorrechtigter Beirat. Dieser übte im großen und ganzen die Rechte und Pflichten aus, die dem heutigen Aufsichtsrat und der Hauptversammlung zukommen, stellte jedoch kein Organ dar, da die Mitglieder nicht auf Grund einer besonderen Wahl, sondern aus eigenem Recht tätig wurden.

Die Handelskompanien zum Vorbild nehmend, breitete sich die Form der Aktiengesellschaft im Laufe des 18. Jahrhunderts immer mehr aus und erfuhr namentlich in Frankreich eineerhebliche Weiterentwicklung. Erst hier zeichneten sich langsam die drei heutigen Organe durch Ausgestaltung der Verfassung voneinander ab.

Als erste deutsche Aktiengesellschaft, die auch in ihrer Verfassung viel mit der uns heute noch bekannten Gesellschaftsform gemein hatte, ist die sogenannte Hamburger Assekuranzkompanie zu nennen, die im ahre 1765 gegründet wurde. Der erste Artikel der Statuten[6]) bestimmte, daß die Sozietät unter der Direktion von 6 Direkteurs und einem Bevollmächtigten steht. Dieser Bevollmächtigte vertritt die Kompanie nach außen und leitet die Geschäfte „seinem Gutbefinden und besten Einsichten" nach, wofür er eine feste Vergütung erhält. Er ist mit unserem heutigen Vorstand zu vergleichen.

Dem heutigen Aufsichtsrat dagegen entspricht die Einrichtung des Direkteurs. Diese von der „generalen Versammlung" — heute Hauptversammlung — aus der Reihe der Interessenten Gewählten „haben alles Übrige gut zu beaufsichtigen", inspizieren die Bücher und sorgen bei allen für das Beste der Kompanie. Sie erhalten keine feste Vergütung.

Wir sehen schon hier, daß bei der Hamburger Assekuranzkompanie, die vielleicht als erste richtige Vorläuferin unserer heutigen Aktiengesellschaft anzuführen ist, diese Direkteurs, obwohl sie zu beaufsichtigen hatten, mehr verwaltende und geschäftsführende Tätigkeit ausübten.

Jedoch zeigten sich auch schon um diese Zeit die ersten Mängel des Aktienwesens, nämlich derart, daß weite Bevölkerungskreise, die

6) Abgedruckt bei Klefecker, a. a. O.

mit den Gepflogenheiten des Handelsverkehrs nicht vertraut waren, durch Haftungsbeschränkung und sreie Veräußerlichkeit der Aktien angereizt, ihre freien Gelder in Aktien unter Versprechung hoher Dividende anlegten. Auf diese Weise konnten durch betrügerische Umtriebe leicht Schädigungen der Allgemeinheit eintreten, verbunden mit dem Schwinden des Vertrauens der Geldgeber zur Aktiengesellschaft[7]).

Jedoch konnten die Mängel eine weitere Ausbreitung der Aktiengesellschaft nicht verhindern und durch die Zunahme der Industrialisierung sowie die Ausbreitung des Handels nahm auch das Aktienwesen im 19. Jahrhundert einen ungeahnten Aufschwung. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft wurde insbesondere bei großen Transportunternehmungen, vornehmlich im Eisenbahnwesen, gewählt, ferner beim Betriebe von Bergwerken, Versicherungsunternehmungen, zum Bankbetrieb und in der Industrie.

Es versteht sich von selbst, daß bei einer derartigen Ausbreitung bald an eine gesetzliche Regelung gedacht werden mußte. Die ersten gesetzlichen Niederlegungen finden wir im Code de Commerce von 1807 in Frankreich und etwa ein halbes Jahrhundert später im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 in Deutschland. Für Preußen trat das ADHGB an Stelle eines Gesetzes aus dem Jahre 1843; beiden war charakteristisch, daß für die Aktiengesellschaft damals das sogenannte Konzessionssystem galt, das die Aktiengesellschaft staatlicher Genehmigung und Aufsicht unterwarf. Außerdem war damals die Generalversammlung das oberste Organ der Gesellschaft, von welcher der Vorstand abhängig war und jederzeit abberufen werden konnte.

Im Jahre 1870 wurde dann das bis dahin geltende Konzessionssystem durch das System der Normativbestimmungen ersetzt, bei dem die Gründung von der Erfüllung gewisser Rahmenbestimmungen abhängig gemacht wird. Diese Gründungsform ist bis heute beibehalten worden, jedoch mit nicht unwesentlichen Änderungen.— In den sogenannten Gründerjahren kam es zu unsoliden, weiteste Kreise der Bevölkerung schwer schädigenden Gründungen, denen durch ein weiteres Gesetz von 1884 Einhalt geboten werden sollte.

---

7) Vgl. den berüchtigten Aktienschwindel des Schotten Law zu Beginn des 18. Jahrhunderts in Frankreich.

Es wurden hier strengere Bestimmungen eingeführt in bezug auf die Gründungsvorschriften, die Haftung der Gründer und der Organe und gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Minderheiten getroffen. Diese gesetzlichen Regelungen wurden im wesentlichen in das neue HGB von 1897 übernommen.

Es folgte eine Spanne der ruhigen Entwicklung der Aktiengesellschaft bis zur Zeit der Inflation. Nunmehr wuchs die Zahl der Gesellschaften ins Riesenhafte. Gleichzeitig ging damit der ursprüngliche, der Aktiengesellschaft zugrunde liegende Gedanke verloren, nämlich dieVerteilung des Risikos auf eine Vielzahl von Personen, und an dessen Stelle trat eine Zusammenballung der Aktienpakete in der Hand einzelner Machtgruppen.

Diese ungesunde Entwicklung der Gesellschaftsform, sowie der Zusammenbruch vieler Gesellschaften nach der Inflation bei der Umstellung auf Goldmark, konnten nicht nur auf den allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Verfall zurückgeführt werden. An höchster Stelle erkannte man, daß hier in hohem Maße die gesetzliche Regelung Schuld daran trug und beschloß, als ersten Schritt zur Beseitigung der Mängel, auf dem Juristentag im Herbst 1926 eine Kommission zur Prüfung der Reformnotwendigkeit einzusetzen. Zwei Jahre später erstattete diese Kommission ihren Bericht, auf Grund dessen das Justizministerium durch Versendung von Fragebogen 1929 eine Enquéte einleitete und 1930 den Entwurf eines neuen Aktienrechts zur Debatte stellte, der diesen Stoff erstmalig aus dem HGB herausnahm. Infolge der sich überstürzenden Ereignisse und der zahlreichen großen Zusammenbrüche — man denke nur an Fawag, Nordwolle, Danatbank — forderte man den Erlaß des neuen Aktienrechtes als Notverordnung. Die Regierung, die sich damals scheute, ein derartiges Gesetz durch Notverordnung ohne parlamentarische Durchberatung zu verkünden, beschränkte sich darauf, durch Herausnahme einiger besonders dringlicher Einzelteile durch Notverordnung des Reichspräsidenten vom 19. September 1931, die sogenannte „kleine Aktienreform" zur Beseitigung der größten Mißstände vorwegzunehmen. Es handelte sich hier insbesondere um neue Bestimmungen über die Offenlegung, namentlich den Geschäftsbericht, die Bilanzierung und die Bilanzgliederung, sowie die Bilanzprüfung, die Rechtsstellung des Aufsichtsrates und endlich um Vorschriften über eigene Aktien. Durch diese Teilreform war die Mög-

lichkeit gegeben, bei einer in Frage stehenden Neuregelung etwa noch vorhandene Fehlerquellen zu beseitigen, und sie hat uns auch, wenn wir es heute überblicken, davor bewahrt, daß das Aktienrecht einer doppelten Neuerung unterworfen wurde.

Die Reformbestrebungen blieben in der Folgezeit weiter im Gange und wurden besonders nach 1933 wesentlich beschleunigt. Die Akademie für deutsches Recht befaßte sich in einem besonderen Ausschuß mit der Reformfrage unter vorzüglicher Zugrundelegung der nationalsozialistischen Gedankengänge; der Stärkung der individuellen Persönlichkeit als Führer des etriebes und der Ausschaltung des unheilvollen Einflusses großer Konzerne und Großbanken. Am 30. Januar 1937 war die Arbeit dann so weit gediehen, daß als endgültiger Abschlu der jahrzehntelangen Reformbestrebungen vom Führer und Reichskanzler der deutschen Wirtschaft endlich das neue Aktienrecht gegeben wurde, das dann mit einer Anlaufzeit am 1. Oktober 1937 in Kraft trat.

II. Kapitel: Der Vorstand.

§ 2. Bestellung und Widerruf.

Ausgangspunkt der Untersuchung bildet — entsprechend dem Aufbau des Aktienrechts im HGB und im Aktiengesetz — die Ausgestaltung der rechtlichen Stellung des Vorstandes. Hierbei ist in erster Linie die Bestellung und Abberufung des Vorstandes zu prüfen.

Nach dem alten Aktienrecht war es der Satzung überlassen, zu bestimmen, wer die Vorstandsmitglieder und deren Stellvertreter zu berufen hatten. Schwieg die Satzung, so stand diese Befugnis dem vorzüglichsten Organ, der Generalversammlung, zu. Das neue Aktienrecht geht von einem ganz anderen Standpunkt aus; die Führung des Unternehmens steht dem Vorstand zu, die verantwortliche Kontrolle dagegen dem Aufsichtsrat. Soll dieses Überwachungsrecht auf gerechter Grundlage aufgebaut sein, so mußte das Kontrollorgan allein die Befugnis erhalten, den Vorstand zu berufen. Deshalb bestimmt der § 75 I AG, daß das Bestellungsrecht dem Aufsichtsrat zusteht. Nur ausnahmsweise geht dieses Recht auf andere Stellen über. Es kann vorkommen, daß durch irgend welche Umstände, z. B. 'durch Krankheit, Abwesenheit, Interesselosigkeit, Tod, Ge-

schäftsunfähigkeit oder Weigerung das Vorstandsamt weiter auszuüben, die zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Vorstandsmitglieder fehlen. In solchen Fällen besteht die Gefahr, daß die Rechte Dritter gefährdet werden, weil die Vorstandsmitglieder unter Umständen nötige Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte nicht vornehmen können. Um solche Gefahrenmomente zu vermeiden, bestimmt erstmalig § 76 AG, daß in dringenden Fällen das Gericht[1]) auf Antrag eines Beteiligten für die Zeit bis zur Hebung des Mangels Ersatzmitglieder bestellen kann. Die Voraussetzungen dieser außerordentlichen gerichtlichen Bestellung sind, abgesehen von der Hauptveranlassung zum Vorgehn des Gerichtes, nämlich dem Fehlen von Vorstandsmitgliedern, folgende, nämlich daß

1. ein dringender Fall vorliegt. Wann dieser angenommen werden kann, wird sich nur aus den jeweiligen Umständen ergeben. Mit Schlegelberger[2]) wird Dringlichkeit dann zu bejahen sein, wenn ohne das sofortige Eingreifen des Gerichtes erhebliche Nachteile zu befürchten sind.
2. in formeller Beziehung ein Antrag eines Beteiligten vorliegt. Beteiligter ist, wer an der Ergänzung des Vorstandes ein berechtigtes Interesse hat[3]).

§ 76 AG sagt, daß das Gericht Ersatzmitglieder bestellen kann. Aus dem Wortlaut könnte man darauf schließen, daß es dem Ermessen des Gerichts überlassen ist, ob es Ersatzmitglieder bestellen will oder nicht. Im Rechtsleben sagt das Gesetz nun oft: „Das Gericht kann ...". Vergleiche z. B. §§ 117, 127, 133, 140, 142, 146 HGB oder z. B. §§ 106, 118, 23, 206, 24 AG. In olchen Fällen, sagt Ritter, meint das Gesetz: „das Gericht muß ...", wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. In ähnlicher Weise hat auch das Reichsgericht solche Fälle aufgefaßt[4]): „Wird im BGB oder im HGB von einer Behörde gesagt, daß sie etwas tun kann, so ist dadurch nicht nur die rechtliche Zuläsigkeit des Tuns bestimmt, sondern zugleich gesagt, daß sie etwas tun muß, wenn nach ihrem

1) Zuständig für die Bestellung ist nicht das Registergericht, sondern das Amtsgericht (§ 145 FGG, § 26 EG. BGB).
2) Schlegelberger § 76 Anm. 3.
3) Ritter § 76 Anm. 3e; Recht 1914/2132; Schlegelberger § 76 Anm. 4.
4) RG 122/134.

pflichtgemäßen Ermessen die Voraussetzungen ihres Eingreifens vorhanden sind". Allerdings sagt der gleiche Senat in Bd. 123 S. 198, daß es in solchen Fällen vom freien pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts abhängt, ob es die geforderte Entscheidung erlassen oder von ihr absehen will. Man wird aber in Anlehnung an § 89 AG auch für § 76 AG, entsprechend der Entscheidung Bd. 122 S. 314 die Auffassung vertreten müssen, daß, wenn die Voraussetzungen nach § 76 AG gegeben sind, und wenn das Gericht diese nach seinem pflichtgemäßen Ermessen für gegeben erachtet, die Bestellung der Ersatzmitglieder zu erfolgen hat. Eine andere Entscheidung würde zu einer, im Volke nicht begreifbaren Rechtsunsicherheit führen.

Die Bestellung erfolgt nur bis zu der Zeit der Behebung des Mangels.

Das HGB hatte für den gleichen Fall keine Regelung vorgesehen. Man mußte deshalb damals, um Schaden von den Beteiligten abzuwenden, zu einer Hilfslösung greifen. Diese bot § 29 BGB[5]). Fast gleichlautend mit dem § 76 des neuen Aktienrechts ist hier bestimmt, daß bei Fehler der erforderlichen Mitglieder des Vorstandes diese in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgericht zu bestellen sind, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat. Der § 29 BGB konnte deshalb auf die Aktiengesellschaft des HGB angewendet werden, da die Aktiengesellschaft — wenn es auch zwar das HGB nicht ausdrücklich sagte — eine juristische Person war und daher die allgemeinen Vorschriften über juristische ePrsonen anwendbar sein mußten. Die Anwendbarkeit für das HGB ergab sich somit ohne weiteres aus dem Wesen der Vorschriften; sie wurde dann aus ausdrücklich durch § 2 EG. HGB festgestellt[7]).

An dem Institut der gerichtlichen Bestelulng von Ersatzmitgliedern hat sich also nur insoweit etwas geändert, als diese im Aktiengesetz heute „ausdrücklich" geregelt ist. Die Voraussetzungen der Bestellung sind im wesentlichen geblieben.

Bei der Berufung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat ist zwischen der Bestelulng und der Anstellung zu unterscheiden.

5) RG 68/180, 116/118; DJZ 02/53; HRZB 1932/753.
6) Bromann § 178 Anm. 4; Staudinger § 29 II 2; OLG 4/256, 8/267; RG 57/93.
7) Vgl. z. B. Brodmann § 231 Anm. 4.

Welche Eigenschaft die Persönlichkeit besitzen muß, die zum Vorstandsmitglied bestellt werden kann, sagt uns weder das alte (§§ 231'ff HGB) noch das neue Aktiengesetz (§§ 70 ff). Der Gesetzgeber bestimmt lediglich in § 75 I 49, daß juristische Personen nicht zu Vorstandsmitgliedrn bestellt werden können; nach der amtlichen Begründung deshalb nicht, weil die Tätigkeit eines Vorstandsmitgliedes eine persönliche Tätigkeit voraussetzt. Durch diese gesetzliche Regelung hat ein Streit sein Ende gefunden, der im alten Aktienrecht zu einer reichhaltigen Literatur geführt hat; denn entgegen der jetzigen gesetzlichen Regelung wurde vielfach die Auffassung vertreten, nicht nur natürliche Personen sondern auch juristische und sogar offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften könnten Mitglieder des Vorstandes sein. Von dem Wesen des Amtes eines Vorstandsmitgliedes ausgehend, wandte sich z. T. die Rechtslehre gegen eine derartige Annahme[7]). Die gleiche Frage begnet uns später bei der Behandlung des Aufsichtsrats. — Welche besonderen Eigenschaften muß nun die natürliche Person haben, die zum Vorstandsmitglied gewählt wird?

Da sowohl das HGB wie das Aktiengesetz hierüber keine Bestimmungen enthalten, konnte und kann die Satzung besondere Eigenschaften, wie z. B. Staatsangehörigkeit, Deutschblütigkeit, bestimmten Aktienbesitz zwingend verlangen[8]). Neben diese satzungsmäßigen Befähiggungsgründe treten die sich aus den Gesetzen ergebenden. Als erste wäre hier zu nennen, was unbestritten ist, Geschäftsunfähigkeit. Nicht unbestritten war und ist dagegen die Frage, ob ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter zum Vorstandsmitglied bestellt werden kann. Nach altem Aktienrecht wurde fast einstimmig die Auffassung vertreten, daß ein beschränkt Geschäftsfähiger zum Vorstandsmitglied bestellt werden könne; die Richtigkeit dieser Ansicht ergäbe sich aus § 165 BGB, der bestimmt, daß ein Geschäftsbeschränkter zum rechtsgeschäftlichen Vertreter bestellt werden kann.

Besonders Brodmann wandte sich gegen diese Ansicht, unter Heranziehung des § 165 BGB die Wirksamkeit einer derartigen Bestellung anerkennen zu wollen, mit folgender Begründung. Im Interesse der Allgemeinheit lege s. E. das Gesetz den Vorstandsmitgliedern Obliegenheiten auf, für deren Erfüllung es diese auch Dritten gegen-

8) Schlegelberger § 75 Anm. 4; Ritter § 70 Anm. 5; Brodmann § 231 Anm. 4 d.

über mehrfach verantwortlich mache. Die Tätigkeit des Vorstands setze die Beherrschung der kaufmännischen Buchführung, die Fähigkeit, Bilanzen aufzustellen, überhaupt Kenntnis der kaufmännischen Dinge voraus, Fähigkeiten also, welche ein achtjähriges Kind gar nicht besitzen kann. Lasse man aber den 20jährigen als Vorstandsmitglied zu, der allenfalls von diesen Dingen etwas verstehe, dann sei kein aHlt hin bis zum Siebenjährigen[9]). Diese Ausführungen Brodmanns lassen sich aber nicht in iEnklang bringen mit § 165 BGB; denn, wenn die von einem unbeschränkt Geschäftsfähigen vorgenommenen aHndlungen wirksam sind, müßte man, wollte man Brodmann folgen, Bedenken haben, ein 7½jähriges Kind bei dem Abschluß eines wichtigen Rechtsgeschäftes mitwirken lassen zu können.

Während der Gesetzgeber für das neue Aktienrecht bestimmt, daß juristische Personen nicht Vorstandsmitglieder sein können, hat er zu der Frage, ob ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter einen derartigen Posten bekleiden kann, nicht Stellung genommen. Man versucht nur aus der Erweiterung und Erhöhung des Rechten- und Pflichtenkreises des Vorstands die Unzulässigkeit der Bestellung eines beschränkt Geschäftsfähigen herzuleiten[10]). M. E. kann aber aus dem Umstand, daß der Inhalt des Vorstandsamtes sich geändert hat, für unsere Frage nichts entnommen werden, denn sonst müßten doch diejenigen, die bisher auf dem Standpunkt standen, daß ein beschränkt Geschäftsfähiger nicht zum Vorstand bestellt werden kann, bei einer Verminderung und Einengung des Rechten- und Pflichtenkreises zu dem Ergebnis kommen, daß das Vorstandsamt des beschränkt Geschäftsfähigen dann zulässig wäre. Aber aus den verschiedenen Begründungen, welche die abweichende Ansicht gibt, könnte sie in diesem Fall zu diesem Ergebnis nicht gelangen. Auch Ritter stimmt der Ansicht zu, daß das Alter für die Fähigkeit, das Vorstandsamt auszuüben, keine Rolle spielt, und daß deshalb auch nach heutigem Aktienrecht der beschränkt Geschäftsfähige Vorstandsmitglied sein kann[11]).

Weniger aus dem Aktienrecht als aus der Änderung der Ansicht über die Bedeutung der Rassen ergibt sich für uns die Frage, ob heute noch solche Personen, die nicht deutschblütig sind, ein Vorstands-

9) Brodmann § 231 Anm. 4 a.
10) Schlegelberger § 75 Anm. 4; Baumbach § 70 Anm. 1.
11) Ritter § 70 Anm. 5.

amt innehaben können. Man könnte im Gegensatz zu früher die Zulässigkeit vielleicht deshalb ablehnen wollen, weil nach dem Reichsbürgergesetz vom September 1935 nur deutschblütige Träger eines öffentlichen Amtes sein können. Wen auch unter dem Gesichtspunkt der Wandlung des Eigentumsbegriffs die Vorstandsmitglieder gleichsam als Treuhänder der Gesamtheit das öffentliche Wohl im Auge haben müssen, so ließe sich doch bisher nicht annehmen, daß das Amt des Vorstandsmitgliedes ein öffentliches ist, das den Nichtdeutschblütigen verschlossen wäre. Die Bestätigung fand dieser Satz in der 3. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. Juni 1938, in der u. a. davon die Rede ist, daß der Umstand, daß auch nur ein Vorstandsamt von einem Nichtdeutschblütigen eingenommen wird, das Unternehmen zu einem jüdischen macht. Daraus ergibt sich, daß auch Juden Vorstandsämter besetzen können, das Unternehmen allerdings zu einem jüdischen wird ((vgl. hierzu DJ 1938/989, RGBl. I 627). Inzwischen ist diese Verordnung jedoch überholt. An diesem Ergebnis hat sich aber durch die Verordnung des Beauftragten des Vierjahresplans vom 12. November 19388 nichts geändert. Darin ist lediglich bestimmt:

§ 2 Abs. I: „Ein Jude kann vom 1. Jan. 1938 ab nicht mehr Betriebsführer im Sinne des AOG vom 20. Jan. 1934 sein".

„ II: „Ist ein Jude als Leitender Angestellter in einem Wirtschaftsunternehmen tätig, so kann ihm mit einer Frist von sechs Wochen gekündigt werden".

Lediglich die Unfähigkeit, Betriebsführer zu sein, ist hier also ausgesprochen. Daraus ist zu entnehmen, daß eine Zulassung des Juden als Unternehmer in diesem Sinne nicht verwehrt ist. Damit ist aber auch gesagt, daß der Jude ein Vorstandsamt einnehmen kann. Die Nichtdeutschblütigkeit bietet lediglich einen Kündigungsgrund.

Nachb isherigem Aktienrecht war es dem Gesetzgeber gleichgültig, ob an der Spitze einer Aktiengesellschaft Personen standen, die mit Zuchthausstrafen vorbestraft waren, oder denen die Befugnis zur Bekleidung öffentlicher Ämter durch Strafurteil aberkannt war. Auch das neue Aktienrecht nimmt zu dieser Frage keine Stellung. Man könnte nun sagen, der Gesetzgeber habe eine Stellungnahme absichtlich unterlassen, weil erdavon ausging, daß man nach dem

heutigen allgemeinen Rechtsdenken derartig charakterisierten Personen wirksam solch verantwortungsvolle Aufgaben nicht übertragen kann. Ein solcher Satz ist aber unserem heutigen Recht noch fremd, er stellt lediglich ein sittliches Gebot dar; denn dort, wo der Gesetzgeber derartigen Personen einen derartigen Aufgabenkreis verschließen wollte, hat er dies ausdrücklich gesagt. Einzig und allein durch eine Satzungsbestimmung könnten vorbestrafte Personen und solche, denen die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkannt ist, von dem Vorstandsamt ausgeschlossen werden.

Hinsichtlich der Beendigung der Mitgliedschaft beim Vorstande hat das neue Aktienrecht stark in die Satzungsfreiheit eingegriffen; denn einmal ist in § 75 AG vorgeschrieben, daß Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat auf höchstens 5 Jahre bestellt werden können. Diese zeitliche Begrenzung war erforderlich, weil nach dem alten Jahrzehntelang saßen, für die das Vorstandsamt lediglich eine Einnahmequelle bedeutete. Wenn aber alle 5 Jahre eine Neubestellung erfolgen muß, so wird sich jedes Vorstandsmitglied bemühen, seinen Aufgaben nachzukommen, um auf weitere 5 Jahre bestellt zu werden. Somit hat die zeitliche Begrenzung zur Folge, daß das Vorstandsmitglied mit erhöhtem Pflichtbewußtsein für die Aktiengesellschaft eintritt[12]).

Man kann hier noch fragen, ob eine Bestellung auch auf kürzere Zeit als 5 Jahre zulässig ist. Nach der Ausdrucksweise des Gesetzes „auf höchstens 5 Jahre" ist dies zu bejahen. Herold meint allerdings, daß eine allzu kurze Bestellungszeit als gegen das Gesetz verstoßend nichtig ist[13]).

Während früher die Bestellung zum Vorstandsmitglied jederzeit widerruflich war (§ 231 HGB) ist ein Widerruf heute nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes statthaft (§ 75, II AG). Allerdings müßte man bei unentgeltlich tätigen Vorstandsmitgliedern zur Anwendung der Auftragsvorschriften (§ 662 ff BGB) kommen, nach denen eine Kündigung jederzeit gerechtfertigt erscheint, auch ohne daß ein wichtiger Grund vorliegt. Scholz[14]) will hier, um dem Grundgedanken des § 75 III AG gerecht zu werden, von einer analogen Anwendung des § 671, I BGB absehen mit der Begründung, das

12) Ebenso Dietrich, in Soziale Praxis, 1938, S. 356.
13) Herold, in B.-A. 1938.
14) Soz. Praxis, 1938/1246.

Aktiengesetz habe als jüngstes und spezielleres Gesetz den Vorrang vor dem BGB. Durch diese Änderung des Widerrufsrechtes solle eine derartige Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Vorstandes erzielt werden, wie sie dem erhöhten Aufgabenkreis und der hervorgehobenen Stellung des Vorstandes entspreche. Keine Bedenken bestehen, ungeachtet eines Widerrufsrechtes aus wichtigem Grund, bezüglich einer Satzungsbestimmung, die das Ende der Vorstandsbestellung an eine befristete Kündigung knüpft, sofern sich nur die Frist innerhalb der 5 Jahre auswirkt, obwohl gewisse Bedenken betreffend des Abhängigkeitsverhältnisses von Vorstand zu Aufsichtsrat dagegen sprechen[15]). Jede Satzungsbestimmung über den Widerruf, die dieser Vorschrift widerspricht, ist nichtig. Ein Grund wird dabei dann als wichtig anzusehen sein, wenn unter den obwaltenden Umständen nach Treu und Glauben der Gesellschaft die Mitarbeit eines solchen Vorstandsmitgliedes nicht mehr zugemutet werden kann[16]), oder, wie die Begründung zum Aktiengesetz sagt, wenn die Hauptversammlung einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen hat, wobei dieser Satz nach den Ausführungen von Scholz[17]) jedoch nur einen beschränkten Anwendungsbereich hat.

§ 2. *Die Geschäftsführung des Vorstandes.*

Bei der nun folgenden Betrachtung der Geschäftsführung des Vorstandes fällt auf, daß im alten Aktienrecht eine Bestimmung fehlt, die die Art und Weise der Geschäftsführung des Vorstandes regelt. Das Schrifttum hat zu dieser Frage im Anschluß an § 231 HGB, also an die Vorschrift, die die Bestellung des Vorstandes regelte, Stellung genommen.

Grundsätzlich war der Vorstand jederzeit geschäftsführendes Organ; er hatte das Unternehmen in satzungsgemäßer Weise zu betreiben und alle hierfür erforderlichen Maßnahmen zu trefen, die nach dem Begriff der Geschäftsführung zu ihr gehörten[18]). Die zur Geschäftsführung gehörenden Aufgaben waren im HGB zum Teil solche, die zwingend nach dem Gesetz dem Vorstand übertragen

15) Dietrich, in Soz. Praxis, 1938/355.
16) Vgl. hierzu Cunio: Mißtrauensvotum als Abberufungsgrund von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, in Soz. Praxis, 1938/552.
17) a. a. O. S. 1246.
18) Brand § 231 Anm. 4.

waren, demnach von der Satzung anderen Organen der Aktiengesellschaft nichtzugewiesen werden konnten. Hierfür sind z. B. zu nennen: die Berufung der Generalversammlung (§ 253 HGB), die Sorge für die Buchführung (§ 239 HGB), die Vorlegung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, die Erstattung des Geschäftsberichtes (§ 260 II HGB), die Anzeige von Verlusten an Grundkapital (§ 240 I HGB), die Beantragung des Konkurses (§ 240 II HGB). Neben diesen unentziehbaren Aufgaben standen die sogenannten entziehbaren, worunter vor allem die laufende Geschäftsführung fiel. Es war un möglich — und vielfach wurde es in der Praxis so gehandhabt —, daß durch die Satzung oder durch Anordnung des Bestellungsorgans entweder in Einzelpunkten oder in Gesamtheit die Geschäftsführung dem Vorstande genommen und anderen Organen, insbesondere dem Aufsichtsrat, zugewiesen wurden. — Da es sich aber lediglich um eine Beschränkung der Geschäftsführung, also der Leitung der Aktiengesellschaft nach innen handelte, hatte nach außen im Rechtsverkehr mit Dritten diese Entziehung keinerlei Bedeutung. Dennoch kam es häufig so weit, daß der Vorstand, der der eigentliche Leiter des Unternehmens sein sollte, tatsächlich zum Ausführungsbeamten und Vollziehungsorgan des Aufsichtsrats wurde, und daß letzterem die wirkliche Leitung der Aktiengesellschaft oblag[19]).

Infolgedessen schlug der Gesetzgeber bei Neufassung des Aktienrechts bezüglich der Geschäftsführung einen anderen Weg ein als im alten Aktienrecht. Während das Gesetz früher schwieg, bestimmt der neue § 70 AG: Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern[20]). Dieses alleinige und unentziehbare Recht zur Geschäftsführung ergibt sich klar und deutlich auch aus § 95 AG, der für den Aufsichtsrat bestimmt, daß diesem — im Gegensatz zu früherer Maßnahmen der Geschäftsführung nicht mehr zugewiesen werden können. Lediglich ist für zulässig erklärt worden, daß bei bestimmten Akten der Geschäftsführung, die der Aufsichtsrat oder die Satzung

19) ZHR 55/247; Staub § 231 Anm. 7, § 246 Anm. 10; Goldschmit AG § 249 Anm. 19; vgl. auch unter Kap. „Der Aufsichtsrat" dieser Arbeit.

20) Über die Durchsetzung der sozialrechtlichen Bestimmungen des Aktienrechts siehe die grundsätzlichen Ausführungen von Rösch in Soz. Praxis, 1938, S. 1233.

festlegen können, die Mitwirkung des Aufsichtsrats gestattet werden kann.

Aber nicht nur zu der Frage, wem die Geschäftsführung zusteht, nimmt das Aktiengesetz Stellung, sondern auch zur Art und Weise der Ausübung der Geschäftsführungspflicht hat das Gesetz Bestimmungen getroffen.

Der Grundsatz und die Forderung, die neben Anderen Brodmann in seinem Artikel in der Frankfurter Zeitung 1935[21]) aufgestellt hat, daß an den Vorstand der Aktiengesellschaft sowohl sozialpolitische als auch wirtschaftspolitische erhöhte Anforderungen zu stellen sind, ist nunmehr durch § 70 AG weitgehend verwirklicht worden.

Ausgehend von dem gewandelten Begriff des Eigentums im nationalsozialistischen Staat hat der Betrieb für den Unternehmer, also die Aktiengesellschaft für den Aktionär, nicht mehr die Bedeutung eines rein privatkapitalistischen Gutes, mit dem der Unternehmer schalten und walten kann wie er will, sondern er ist der betriebswirtschaftliche Treuhänder des Ganzen und hat den Betrieb als ein, ihm vom Volksganzen anvertrautes Gut anzusehen[22]).

Hierin wurzeln die beiden Hauptpflichten des Vorstandes als Leiter des Unternehmens, daß er einmal, nicht wie das früher der Fall war, einseitig die Belange der Gesellschaft und mit ihr die des Kapitals wahrnimmt, sondern daß er über allem das Wohl der Gefolgschaft und des Unternehmens steht. Andererseits muß der Vorstand die Leitung so vornehmen, daß sich die Aktiengesellschaft der deutschen Volkswirtschaft eingliedert[23]). Diese beiden Hauptpflichten kommen am besten und deutlichsten in dem Satz zum Ausdruck, den Schlegelberger mit Recht als die ungeschriebene Präambel des Gesetzes nennt[24]): „Der Vorstand hat die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern".

Wir haben bisher festgestellt, daß der Vorstand grundsätzlich das alleinige geschäftsführende Organ ist. Dieses Recht kann ihm weder durch die Satzung noch durch Hauptversammlungsbeschluß abgenommen werden. Wir sehen hier besonders die grundsätzliche Ände-

21) Reichsausgabe 549/550 vom 27. 10. 1935.
22) Dersch § 1 Anm. 3 c.
23) JW 1937/498.
24) § 70 Anm. 8.

rung gegenüber früher, wo an und für sich der Vorstand auch geschäftsführendes Organ war, in der Praxis ihm aber dieses Recht in den allermeisten Fällen tatsächlich genommen wurde. Dies ist jetzt nicht mehr möglich wegen §§ 95 V 1 und 103 II AG. Jedoch hat der Gesetzgeber, um den Vorstand nicht uneingeschränkt walten zu lassen, im § 95 V 2 AG festgelegt, daß es der Satzung freisteht, zu bestimmen, daß gewisse Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsratesvorgenommen werden sollen. Gleiches kann der Aufsichtsrat anordnen. Welche „bestimmte Arten" von Geschäften dies sein sollen, ist nicht angeführt. Deutlich wird nur der Wille des Gesetzgebers, daß es sich bei einer evtl. derartigen Bestimmung immer nur um gewisse „einzelne" Geschäfte handeln kann, nicht jedoch unter den „bestimmten Arten" sämtliche dem Vorstand übertragene Aufgaben aufgefaßt werden dürfen; das widerspräche dem Sinne des Gesetzes. Aber auch diese Befugnis der Zustimmung ist nicht so schwerwiegend zu beurteilen. Der Vorstand ist geschäftsführungsbefugt; daran ändert auch eine evtl. derartige Bestimmung nichts, denn der Aufsichtsrat ist Kontrollorgan und muß den Vorstand beaufsichtigen. Wenn nun der Vorstand die Geschäfte ordentlich führt, so wird der Aufsichtsrat zweifellos immer seine Zustimmung geben. Wenn er aber glaubt, mit den Handlungen des Vorstandes nicht einverstanden zu sein, so wird es in jedem Falle zu Weiterungen kommen. Dann liegt es im Interesse der Aktiengesellschaft, wenn das Für und Wider des Geschäfts vor dessen Vornahme besprochen wird.

Eine solche Bestimmung stellt sich also lediglich als Ausfluß des Kontrollrechts dar, die dem Vorstand nichts von seiner ihm ausschließlich zugewiesenen Geschäftsführungsbefugnis nimmt.

Besteht eine solche Satzungsbestimmung oder ein derartiger Aufsichtsratsbeschluß, so ist der Vorstand zu deren Einhaltung gezwungen. Allerdings dürfte eine solche Anordnung lediglich Wirkungen für das Innenverhältnis haben, während bei einem Geschäft mit einem Dritten, das der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurft hätte, die Aktiengesellschaft auch ohne die eingeholte Zustimmung voll und ganz berechtigt und verpflichtet wäre. Im Innen- als aber auch im Außenverhältnis würde sich der Vorstand im Übertretungsfalle schadenersatzpflichtig machen.

Diese, dem Vorstand zustehende Geschäftsführung, ist im folgenden zu prüfen.

Die Möglichkeit der Ein- und Mehrgliedrigkeit des Vorstands war schon nach HGB gegeben; auch das Aktienrecht erkennt sie weiterhin an[25]). Es wurde zwar angestrebt, den Führergrundsatz im Wirtschaftsleben zwingend einzuführen. Da sich jedoch mancherlei Bedenken gegen eine derartige zwingende Form ergaben, beließ man es dabei, daß die Aktiengesellschaft durch den eingliedrigen Vorstand das Führerprinzip einführen kann, aber nicht muß.

Für den mehrgliedrigen Vorstand war es schon nach altem Aktienrecht zweifelhaft, ob jedes seiner Mitglieder selbständig geschäftsführungsberechtigt und verpflichtet war, ob diese Aufgabe einer Mehrheit oder gar nur der Gesamtheit zustand. Der Gesetzgeber hat es bei der Neufassung des Aktienrechts bewußt unterlassen, in dieser strittigen Frage Stellung zu nehmen. Somit ist es ebenso wie für das alte Aktienrecht der Wissenschaft vorbehalten, festzustellen, ob der Mehrheitsgrundsatz oder ob der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung gerechtfertigt ist.

An die Spitze der sich mit dieser Frage beschäftigenden Untersuchung ist der Satz zu stellen, daß die Satzung Bestimmungen über schäftsführung trefen kann, wenn der Vorstand ein mehrgliedriger ist. Der Inhalt der Bestimmung kann, wenn man von der Mitheranziehung eines Prokuristen absieht, im wesentlichen ein dreifacher sein: entweder die Satzung ordnet die Mitwirkung aller Vorstandsmitglieder an, also Gesamtgeschäftsführung, oder sie bestimmt, daß die Geschäftsführung nach dem Mehrheitsprinzip sich regelt, oder schließlich besteht die Möglichkeit, daß Einzelgeschäftsführungsbefugnis der Vorstandsmitglieder besteht.

Entsprechend dieser möglichen Satzungsregelung haben sich bezüglich der Frage der Geschäftsführung, soweit die Satzung schweigt, drei Meinungen gebildet:

1. Schon nach altem Aktienrecht wie auch nach neuem wird als die herrschende Meinung jene angegeben, die das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung verteidigt[26]). Zur Grundlage ihrer Beweisführung nimmt diese Ansicht den § 71 II AG und den § 232 HGB. Hier ist für die Vertretung der Gesellschaft durch den Vorstand bestimmt, daß bei dessen Mehrgliedrigkeit zur wirksamen Vertretung die Zu-

25) §§ 231 I HGB, 70 II AG.

26) Fischer a. a. O. S. 229; Müller-Erzbach a. a. O. S. 263; Wieland a. a. O. S. 128, 129; Gierke § 41 II, 3; Schlegelberger § 70 Anm. 1; Dietrich JW 37/2432.

stimmung aller Vorstandsmitglieder erforderlich sei. Was aber für die Vertretung gilt, müsse auch für die Geschäftsführung grundlegend sein.

2. Die zweite Ansicht nimmt den § 28 BGB zur Grundlage[27]). Für die Beschlußfassung des Vorstandes des Vereins entscheidet bei Mehrgliedigkeit das Mehrheitsprinzip derart, daß nur die Stimmen der erchienenen Mitglieder gezählt werden (§ 28 I in Verb. mit § 32 BGB). Ritter, ein Vertreter dieser Auffassung, führt aus, daß die Aktiengesellschaft ein rechtskräftiger Verein, somit Vereinsrecht hilfsweise anzuwenden sei.[28]). Für das HGB hätte nicht angenommen werden können, daß die Anwendung des Vereinsrechtes ausgeschlossen sein soll (§ 2 EG. HGB). Daß dieses sich nun im neuen Aktiengesetz geändert habe, dafür fehle jeder Anhalt im Gesetz. Neuestens hat sich Boesebeck[29]) dieser Auffassung angeschlossen. Er führt aus, es könne dahingestellt bleiben, ob und inwieweit allgemein das Vereinsrecht im Aktienrecht ergänzend heranzuziehen sei; bei der Regelung der Geschäftsführung im Aktiengesetz bestehe jedenfalls eine Lücke, die sich durch entsprechende Anwendung des § 28 BGB sinnvoll schließen lasse.

3. Zu diesen bereits im alten Aktienrecht beannten Ansichten tritt jene von Godin[30]). Er stellt folgende Sätze auf: das neue Aktiengesetz will die Schlagkraft des Vorstandes, seine Entschlußbereitschaft und Verantwortlichkeit erhöhen. Jede kollegiale Geschäftsführung sei lahm und dazu angetan, das Verantwortungsbewußtsein des anderen einzuschläfern. Daraus schon ergebe sich, daß jedes einzelne Mitglied die volle Geschäftsführungsbefugnis besitze, allerdings beschränkt durch die gleiche Befugnis der anderen Vorstandsmitglieder. Godin will im Ergebnis, also zu einer Regelung kommen, die der gesetzlichen Regelung der Geschäftsführung bei der OHG im wesentlichen gleich ist (§§ 115, 116 HGB). Nach Godin muß ein Vorstandsmitglied eine Geschäftsführungshandlung unterlassen, wenn ein anderes Vorstandsmitglied dieser widerspricht. Seine Lösung hält er dem Bedürfnis des täglichen Lebens am entsprechend-

---

27) KGJ 42/164, 165 = OLG 4/1721; Brodmann Erl. § 231 HGB; Brand § 231 Anm. 4; Makower Anm. III a; Ritter § 231 Anm. 2 b; Goldmann Anm. 18; Lehmann Anm. 7; Baumbach § 70 Anm.

28) Ritter § 70 Anm. 6; Vorbem. 2 zu § 1.

29) a. a. O. S. 2525 ff.

30) Hans. GerZ. 38/2.

sten; denn wie wäre es möglich, daß jede der mehreren Vorstandspersonen bei der großen Zahl von Entschlüssen, die von jener täglich zu fassen sind, jedesmal die Zustimmung aller Amtsgenossen einhole.

Fraglich ist, ob man die bisher als herrschend bezeichnete Ansicht gegen die auf sie unternommenen Angriffe erfolgreich verteidigen kann. Godin wendet sich für das neue Recht gegen das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung und fordert zur Regelung dieser umstrittenen Frage der Geschäftsführung die entsprechende Anwendung des § 71 AG. Er geht dabei von dem Wesen der Vertretung aus und kommt zu dem Ergebnis, daß diese nichts anderes bedeute als eine Geschäftsführung und zwar die nach außen gerichtete, die für den Rechtsverkehr mit Dritten bestimmt ist. Es bestehe kein wesentlicher Unterschied wischen Geschäftsführung und Vertretung, vielmehr sei die Vertretung ein Ausschnitt aus der Geschäftsführung.

Die Vertretung, also diesen Ausschnitt aus der Geschäftsführung, habe der Gesetzgeber von jeher als den für die Gesellschaft gefährlichsten Teil erachtet und habe daher im Aktiengesetz besondere Bestimmungen getroffen, aber nicht im Sinne einer Erleichterung, sondern einer Erschwerung. Diese wiederum sei ersichtlich nur für die Leitung der Gesellschaft nach außen bestimmt, stelle demnach eine Ausnahmeregelung dar, und könne somit nach dem Sinne des Gesetzgeber auf den anderen Teil der Geschäftsführung, also jenen nach innen gerichteten, nicht angewendet werden.

Die Ausführungen Godins leiden m. E. an einer gewissen Gezwungenheit. Mit allen Mitteln versucht er nachzuweisen, daß § 71 II 1 AG eine sog. singuläre Vorschrift sei, um damit zu dem allgemein anerkannten Grundsatz zu gelangen, daß Einzelvorschriften keiner entsprechenden Anwendung fähig seien. M. E. ist die Behauptung Godins, die Vertretung sei nichts anderes als eine Geschäftsführung, nicht richtig. Zugeben muß man, daß in jeder Vertretung auch eine Geschäftsführung steckt, nämlich insoweit, als das Vertreten der Gesellschaft nach außen gleichzeitig ein Leiten der Gesellschaft nach innen umfaßt. Es besteht aber ein grundlegender Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen. Unter Vertretung kann man nur das Außenleben der Gesellschaft verstehen, das von dem Innenleben scharf abgegrenzt ist. Diese scharfe Trennung zwischen den inhaltlich verschiedenen Begriffen führt das Gesetz im ganzen Recht durch

(vgl. z. B. §§ 115, 126 HGB für die OLG). Kommen wir demnach zu dem Ergebnis, daß die Vertretung selbst keine Geschäftsführung ist, sondern höchstens mit einer solchen zusammenfällt, so ist der Einwand Godins gegen die Verwendung des Gedankens des § 71 II 1 AG über die Geschäftsführung abzulehnen.

Bei der Ansicht, die für die Geschäftsführung des Vorstandes im Falle einer Mehrgliedrigkeit das Mehrheitsprinzip vertritt, findet man den Einwand, eine Regelung der Geschäftsführung entsprechend der Vertretung sei deshalb nicht zulässig, weil ein Zusammenhang zwischen Geschäftsführung und Vertretung nicht bestehe. Diese Lehrmeinung stellt eine der Godinschen Ansicht gerade entgegengesetzte Behauptung auf, um die herrschende Meinung zu erschüttern. Boesebeck versucht den Beweis für die Zusammenhanglosigkeit zu erbringen, indem er einzelne Sonderfälle einer gesetzlichen Regelung herausgreift, um von diesen Einzelfällen ausgehend zu einem allgemeinen Prinzip zu gelangen. Er meint, wenn der Zusammenhang bestünde, müßte ein Prokurist, der nach § 71 II AG gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied zur Vertretung berechtigt ist, zugleich zur Geschäftsführung berechtigt sein, was aber nicht zutrifft. Dieser Schluß geht deshalb fehl, weil durch Einzelregelung im Gesetz die Vertretung einem Prokuristen zugängig gemacht werden kann, nicht aber die Geschäftsführung. Dieser Satz darf aber nicht mißverstanden werden. M. E. ist es doch so, daß auch der Prokurist, der mit einem Vorstandsmitglied nach außen hin tätig wird, gleichzeitig ein Geschäft der Gesellschaft führt. Lediglich die Geschäftsführung des Gesellschaftsrechts steht ihm nicht zu. Zudem können wir feststellen, daß das Gesetz selbst eine Beziehung zwischen Geschäftsführung und Vertretung anerkennt; denn in § 714 BGB ist bestimmt, daß einem Gesellschafter im Zweifel insoweit die Ermächtigung, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, zusteht, als ihm nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung gegeben ist. Boesebeck sucht seine Ansicht noch dadurch zu unterstützen, daß er praktische Überlegungen für seine Untersuchung heranzieht. Insbesondere die Schlagkraft des Vorstandes würde durch das Mehrheitsprinzip erhöht, im Gegensatz zum Prinzip der Zustimmung aller. Aber auch dieses Beispiel ist nicht treffend, denn ein Vorstand mit sieben Mitgliedern hat im wesentlichen die gleiche Schwierigkeit, einen Mehrheitsbeschluß herbeizuführen wie bei der Herbeiführung

der Einstimmigkeit. Außerdem gibt Boesebeck selbst zu, daß der Vorstand einer Aktiengesellschaft Verwalter fremden Vermögens ist. Trifft das zu, so muß doch Boesebeck zugestehen, daß dann am besten für das Vermögen gesorgt ist, wenn die Zustimmung aller Vorstandsmitglieder zur Geschäftsführung erforderlich ist; denn durch die Überlegung einer größeren Zahl von Menschen werden eher die Bedenken aufgedeckt, die sich gegen eine Geschäftsführungshandlung ergeben, als durch die Überlegung nur einer kleineren Anzahl.

Da also die Einwendungen gegen die herrschende Meinung sich als nicht stichhaltig erweisen, wird man auch künftig für den mehrgliedrigen Vorstand das Prinzip der Zustimmung aller fordern müssen.

§ 4.

Die Vertretungsmacht des Vorstandes.

Die Vertretungsmacht des Vorstandes ist im neuen Aktienrecht im wesentlichen gleichgestaltet wie im HGB. Der Vorstand kann ein- oder mehrgliedrig sein (§ 232 HGB, § 71 AG); für den mehrgliedrigen Vorstand gilt bei Schweigen der Satzung in gleicher Weise wie im bisherigen Recht der Grundsatz der Gesamtvertretung (§ 232 I HGB, § 71 II AG, B.-A. 1938/494). Die Abänderbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstandes durch die Satzung, wie sie nach dem HGB bekannt war, ist im wesentlichen im § 71 III AG beibehalten worden, so z. B. die Aufnahme der Bestimmung in die Satzung, daß einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen. Änderungen scheinen sich jedoch bei dem Bestellungsrecht des Aufsichtsrates zu ergeben. Der § 232 HGB betimmte in Abs. 2 S. 2: durch den Gesellschaftsvertrag kann der Aufsichtsrat ermächtigt werden, einzelnen Mitgliedern des Vorstandes die Befugnis zu erteilen, die Gesellschaft alleine oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten. Diese Befugnis gewährte das Gesetz dem Aufsichtsrat aber nur dann, wenn nicht jedem einzelnen Vorstandsmitglied die selbständige Vertretung der Gesellschaft nach dem Gesellschaftsvertrage zustand. Nach dem neuen § 71 AG kann der Aufsichtsrat, wenn die Satzung ihn hierzu ermächtigt hat, bestimmen,

daß einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen.

Der einschränkende Satz: „Steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitglied die selbständige Vertretung ... nach dem Gesellschaftsvertrage zu", wurde weggelassen. Damit ist die Befugnis des Aufsichtsrates bei der Vorstandsbestellung erweitert worden; denn der Aufsichtsrat kann jetzt durch die Satzung ermächtigt werden, die Einzelvertretung der Vorstandsmitglieder abzuschwächen. In welcher Art die Einschränkung der Einzelvertretungsmacht erfolgen kann, wird erst weiter unten zur Darstellung gebracht werden. Die Erweiterung der Befugnisse des Aufsichtsates geschah deshalb, weil der Aufsichtsrat nach neuem Recht die alleinige Bestellungsbefugnis des Vorstandes hat. So mußte der Gesetzgeber auch vorsehen, daß dem Aufsichtsrat die Möglichkeit gegeben werden kann, im einzelnen die Vertretungsmacht des Vorstandes auszugestalten. Ein weiterer Unterschied scheint sich aus einer zweiten Abweichung der äußeren Gestalt des § 71 AG von § 232 HGB zu ergeben. Das HGB bestimmte in Abs. 2 S. 2, daß der Aufsichtsrat ermächtigt werden kann, einzelnen Mitgliedern die alleinige Vertretungsbefugnis oder gemeinschaftliche Vertretungsbefugnis zu erteilen. § 71 AG dagegen sagt, daß der Aufsichtsrat bestimmen kann, falls ihn die Satzung dazu ermächtigt, daß einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen.

„Der Aufsichtsrat kann bestimmen, daß Vorstandsmitglieder befugt sein sollen ...", sagt § 71 AG; anders der § 232 HGB: „Der Aufsichtsrat kann die Befugnis erteilen ...". Man könnte daran denken, daß nach dem neuen Aktienrecht der Aufsichtsrat lediglich diese Bestimmungen, niedergelegt in § 71 AG, treffen kann, ohne die Möglichkeit der Befugniserteilung wie nach § 232 HGB zu besitzen. Eine solche Einschränkung des Rechts des Aufsichtsrates gegenüber dem alten Aktienrecht ist jedoch nicht gerechtfertigt, denn es ist kein Grund ersichtlich, der den Gesetzgeber veranlaßt haben könnte, bei dem neuen Aufbau des Aktienrechts diese Befugnis des Aufsichtsrats zu ändern. Ritter sagt, man müsse sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen, den § 71 AG ebenso lesen wie der § 232 HGB zu lesen war[31]). — Nach dem Gesetz kann der Aufsichtsrat be-

31) Ritter § 71 AG Anm. 4 c.

stimmen, falls ihn die Satzung dazu ermächtigt, daß einzelne Vorstandsmitglieder allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung befugt sein sollen[32]). Die gleiche Fassung bezüglich der Gestaltung der Vertretungsmacht des Vorstandes hat der § 232 HGB. Entgegen der Ausdrucksweise des Gesetzes wird man es für zulässig erachten, daß die Satzung den Aufsichtsrat auch zu der Bestimmung ermächtigen kann, daß einzelne Vorstandsmitglieder in Gemeinschaft mit anderen Vorstandsmitgliedern zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen. — Sehr umstritten ist aber die Frage, ob es möglich ist, daß bei den A.Gesellschaften, bei denen die Satzung Einzelvertretungsmacht vorsieht, durch Satzungsbestimmung der Aufsichtsrat ermächtigt werden kann, die Einzelvertretungsmacht in Gesamtvertretungsmacht zu ändern. Im § 71 III AG regelt der Gesetzgeber lediglich den Fall der Verwandlung der Gesamtvertretungsmacht in Einzelvertretungsmacht. Ritter meint nun, es sei nicht recht zu begreifen, wenn die Satzung schon eine solche Regelung treffen könne, warum ihr nicht auch gestattet sein solle zu bestimmen: der Aufsichtsrat dürfe Einzelvertretungsmacht in Gesamtvertretungsmacht ändern[33]). Auch Schlegelberger ist der Ansicht, man müsse entgegen dem Wortlaut des Gesetzes diese Befugnis dem Aufsichtsrat zugestehen. Die gleiche Frage war auch im alten Aktienrecht umstritten. Der Gesetzgeber hätte zweckmäßigerweise bestimmt, daß der Aufsichtsrat die Einzelvertretungsmacht in der genannten Weise beschränken könne, denn diese Regelung hätte sich besser der veränderten Stellung des Aufsichtsrates angepaßt. Gerade mit Rücksicht auf diese veränderte Stellung wird man für das neue Aktienrecht dem Aufsichtsrat diese Befugnis nicht versagen können, wenn auch eine derartige Annahme gegen den Wortlaut des Gesetzes zu verstoßen scheint.

Wenn wir jetzt untersuchen, in wieweit die Vertretungsmacht des Vorstandes ihrem Inhalt nach beschränkt werden kann, so ist festzustellen, daß das neue Aktiengesetz den in § 235 HGB niedergelegten Grundgedanken treu geblieben ist (§ 74 AG). Der erste Grundsatz lautet, Dritten gegenüber ist jede Beschränkungsmacht unwirksam, und der zweite, daß der Gesellschaft gegenüber, also intern, der Vorstand an seine Beschränkung gebunden ist[34]).

32) Makower Anm. 3; Schlegelberger Anm. 15; JFG 10/104.
33) Ritter § 74 Anm. 4 a.
34) JW 1927/2187.

Dritten gegenüber ist sowohl nach altem als auch nach neuem Aktienrecht eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes unwirksam. Das alte Aktienrecht hatte beispielsweise solch unzulässige Beschränkungen der Vertretungsmacht in § 235 II 2 HGB aufgestellt: „Unwirksam ist insbesondere die Bestimmung, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken, oder nur unter gewissen Umständen, für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll oder daß für einzelne Geschäfte die ustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsrats oder eines anderen Organes der Gesellschaft gefordert wird". Eine dennoch aufgestellte Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands ist für die gegen die Beschränkung verstoßenden abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bedeutungslos. Selbst dann, wenn der Dritte Kenntnis von der Beschränkung hatte, kommen die Rechtsgeschäfte wirksam zustande[35]). Aber nach wie vor ist der Satz von Bedeutung, daß beim Handeln wider die beschränkenden Bestimmungen fraglich ist, ob nicht der Dritte dadurch, daß er sich durch Kenntnis des entgegenstehenden Willens der Gesellschaft auf das Geschäft einließ, gegen die guten Sitten verstoßen und der Gesellschaft Schaden zugefügt hat. In einem solchen Falle sagt Schlegelberger für den neuen § 74 AG, daß der Dritte nach den §§ 826, 249 BGB der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet ist oder die Gesellschaft nicht mehr an das Geschäft gebunden ist. Insoweit hat die Beschränkung der Vertretungsmacht also doch Wirkungen gegenüber Dritten. Für das bisherige Recht nahm Brodmann (§ 235 Anm. 3) an, daß in gewissen wichtigen Fällen, in denen der Aufsichtsrat oder die Generalversammlung gehört werden sollten, diese Geschäfte nicht wirksam sein sollten, wenn die Zustimmung der genannten Organe nicht eingeholt war und der Dritte dies wußte. Es war reine Theorie, meint Brodmann in § 235 HGB, daß derartige Rechtsgeschäfte vom Vorstand wirksam abgeschlossen werden könnten. Er geht soweit, zu behaupten, die Gesellschaft könne auch dann ablehnen, wenn die Zustimmung des zuständigen Organs nicht eingeholt sei und der Dritte sich um diese Zustimmung gar nicht gekümmert habe.

Für das neue Aktienrecht jedenfalls muß streng an dem gesetzlichen Wortlaut: „Dritten gegenüber ist eine Beschränkungsbefugnis des

35) RG 75/345; Bolze 10/297; Brodmann § 235 Anm. 3; Schlegelberger § 74 Anm. 1, 11, 12; Ritter § 74 Anm. 4, 5, 7.

Vorstandes unwirksam" festgehalten werden. Denn, wie sich aus der ganzen Organisation der Aktiengesellschaft ergibt, soll das Ausführungsrecht ausschließlich dem Vorstand zustehen. Eine irgendwie geartete Beschränkung in der Vertretung ist deshalb unmöglich[36]). Es geht insbesondere nicht an, daß man die Nichtigkeit eines vom Vorstand abgeschlossenen Geschäfts daraus herleitet, daß eine erkennbare oder eine rein objektive Befugnisüberschreitung der Vertretungsmacht vorliegt. Schlink[37]) führt zu dem alten § 235 HGB aus, daß sich in neuester Zeit die Stimmungen, die einer derartigen Beschränkung der Vertretungsmacht das Wort reden, mehren. Insbesondere beruft man sich auf die Entscheidung RG Bd. 145 S. 311, die ausspricht, bei einer erkennbaren Vertretungsmachtsüberschreitung sei das abgeschlossene Rechtsgeschäft nichtig. Die Schlußfolgerung, die man hieraus ziehen will, kann man wie Siebert[38]) im wesentlichen aufgedeckt hat, aus dieser Entscheidung nicht ziehen. Das Reichsgericht hat offenbar, wie Schlink ausführt, das Vorhandensein echter Grenzen der gesetzlichen Vorstandsmacht dahingestellt sein lassen wollen, in der Annahme, auf dem bekannten Wege über die Mißbrauchskonstruktion (§ 826 BGB) ebenso sicher zum Ziele zu gelangen.

Bestanden schon zur Geltungszeit des § 235 II HGB erhebliche Bedenken gegen die Anwendung der sogenannten ultra vires-Lehre auf die Vertretungsmacht des Vorstandes, so muß entschieden für den neuen § 74 II AG der Lehre von der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstands beigetreten werden und zwar aus folgenden Gründen:

1. Der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des Aktienrechts in weitem Umfang aus der Praxis und Wissenschaft zum alten Aktienrecht aufgetauchte Streitfragen berücksichtigt. Hätte deshalb der Gesetzgeber eine Beschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstands gewollt, so hätte er den Verfechtern der ulta-vires-Lehre die gesetzliche Anerkennung nicht versagt.

2. Der Gesetzgeber hat an anderen Stellen, wie z. B. in § 210 AG die ultra-vires-Lehre angewandt. Ebenso bestimmt der Gesetzgeber

36) Schlegelberger § 74 Anm. 12; Ritter § 74 Anm. 7; Brodmann § 235 Anm. 3.
37) a. a. O. S. 211.
38) JW 35/1012.

für die Handlungsvollmacht, daß sie sich nur auf die Geschäfte erstreckt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes, für die sie erteilt ist, gewöhnlich mit sich bringt. Hätte der Gesetzgeber eine Beschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstands mit Wirkung nach außen zulassen sollen, so hätte er das, wie die Systematik des HGB und des AG ergibt, zum Ausdruck gebracht.

3. Wollte man der Lehre von der Beschränkbarkeit der Vertretungsmacht folgen, so würde das zu einer Unsicherheit im Rechtsverkehr führen; denn die Grenze zwischen erkennbarer und nicht erkennbarer Befugnisüberschreitung ließe sich nur sehr schwer ziehen. Auch wäre es sehr zweifelhaft, wie die Fahrlässigkeit beim Nichterkennen des Erkennbaren berücksicht werden müßte. —

Man muß deshalb nach dem klaren Wortlaut des § 74 II AG auf der Meinung beharren, die Vertretungsmacht des Vorstands ist unbeschränkbar. Lediglich für den § 826 BGB kann man bei sittenwidrigem Verhalten des Dritten die Wirkung des Geschäftes vernichten. Diese Auffassung teilt auch die Rechtsprechung. Im RG Bd. 115 S. 249 kommt zum Ausdruck, daß selbst in dem Fall, daß bei einer Rechtshandlung des Vorstands, die über den Gegenstand des Unternehmens hinausgeht, dadurch an der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes nichts geändert wird.

Der Begriff des Dritten in diesem Zusammenhang, wie er in § 234 HGB und auch wieder in § 72 AG zu finden ist, ist streitig. Die Streitfrage, ob und wann der Aktionär, das Vorstandsmitglied, der Abwickler usw. auch Dritte sein können, ist für das neue Aktienrecht bestehen geblieben. Es kann nach der Stellung des Themas nicht unsere Aufgabe sein, diese Streitfrage zu klären.

Die Beschränkungen, die nach außen hin unwirksam sind, bekommen aber ihre Bedeutung, wenn wir das Innenverhältnis des Vorstands der Gesellschaft betrachten. Die nach außen unwirksame Beschränkung der Vertretungsmacht bedeutet eine Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis in gleicher Weise wie in dem Falle, daß von vornherein durch die Satzung oder die zuständigen Organe die Geschäftsführung als solche beschränkt wird.

Wer kann nun die Geschäftsführungsbefugnis und damit die Vertretungsbefugnis nach innen einschränken? Wie nach bisherigem Recht kann die Satzung eine solche Einschränkung einführen. Nach

altem Recht war weiterhin die Generalversammlung befugt, solche Beschränkungen festzusetzen. Die Beschränkungsbefugnis ist der Hauptversammlung geblieben, wie § 74 AG ergibt, aber nicht mehr allgemein, sondern nur noch im Rahmen des § 103 AG, d. h. also, nur noch dann, wenn in Fragen der Geschäftsführung der Vorstand eine Entscheidung von der Hauptversammlung verlangt.

Während nach dem Wortlaut des § 235 HGB der Aufsichtsrat nicht die Beschränkungsbefugnis zuerkannt bekam, spricht diese Befugnis der § 74 Abs. 2 AG dem Aufsichtsrat zu. Abes nicht ganz allgemein kann dieser die Vertretungsmacht des Vorstands beschränken, sondern er kann lediglich zur Erleichterung seiner Aufsichtstätigkeit bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Dieser Rahmen der Beschränkungsmöglichkeit ergibt sich aus § 95 V AG.

§ 5.

Der Vorsitzer.

Die weitgehende Einführung des Führerprinzips im neuen Aktienrecht hat die Stellung des Vorsitzers des Vorstandes erheblich beeinflußt. Obgleich eine totale Einführung, d. h. eine Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten auf eine Person, grundsätzlich nicht angebracht erschien, hat trotzdem der Gesetzgeber eine Ausnahme hiervon zugelassen, indem er bestimmt, daß der Aufsichtsrat nach § 75 II AG bei einem mehrgliedrigen Vorstand einen Vorsitzer bestellen kann. Das bedeutet, daß es in das Ermessen der Aktiengesellschaft gestellt ist, einer geeigneten Führerpersönlichkeit den Posten einzuräumen, der ihr gebührt.

Im alten Aktienrecht finden wir keine derartige Bestimmung, da damals das liberalistische Majorisierungsprinzip vorherrschend war.

Anläßlich der Untersuchung der Rechtsstellung des Vorsitzers ist auch zu prüfen, inwiefern sich die Stellung des Vorstands durch die Einführung des Vorsitzers verändert hat.

Der Vorsitzer wird in gleicher Weise wie der Vorstand ausschließlich durch den Aufsichtsrat als Wahlorgan bestellt; es ist nicht angängig, daß etwa der Vorstand aus seiner Mitte sich selbst den Vorsitzer wählt. Auch wäre eine derartige Satzungsbestimmung nichtig.

Wesentlich bei Vornahme der Wahl ist, daß der Aufsichtsrat nicht den Vorsitzer wählen muß, sondern daß es in seinem freien Belieben steht, einer Einzelpersönlichkeit alle die Machtmittel in die Hand zu geben, die aus einer solchen Stellung erwachsen. Der Aufsichtsrat kann also als Überwachungsorgan nach seinem Gutdünken die Geschäftsführung in die Hand eines einzelnen legen, wenn ihm dies angebracht erscheint.

„Der Vorsitzer hat die alleinige Entscheidungsbefugnis bei Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Vorstands" (§ 70 II 2 AG), es sei denn, dieses wäre durch Satzungsbestimmung ausgeschlossen. Schließt die Satzung ein solches Entscheidungsrecht nicht aus, so ergeben sich Zweifel, ob der Aufsichtsrat bei der Berufung des Vorstandsvorsitzenden eine derartige Beschränkung selbst von sich aus aussprechen kann. Man it geneigt, anzunehmen, daß dem Aufsichtsrat auch ein Bestimmungsrecht über die Tätigkeit des Vorsitzenden, da er den Vorstand und den Vorsitzenden zu bestellen hat, gegeben werden müßte. Man sollte annehmen, daß zum mindesten die Satzung dem Aufsichtsrat die Befugnis einräumen könnte, zu bestimmen, daß der Vorsitzende kein Entscheidungsrecht hat, ja daß darüber hinaus sogar beim Schweigen der Satzung dem Aufsichtsrat dieses Recht ohne weiteres zustehe. Im ähnlichen Sinn entscheiden sich auch v. Breska[39]), und Möhring-Schwartz (a. a. O. S. 64). Eine solche Annahme würde aber dem Aktiengesetz widersprechen; denn im § 70 AG ist ausdrücklich bestimmt, daß dem Vorsitzer die Entscheidungsbefugnis zusteht, „wenn die Satzung nichts anderes bestimmt". Ist aus irgend einem Grund der Aufsichtsrat gegen einen Vorsitzer mit Entscheidungsbefugnis, so kann er ja diesem Wunsch dadurch nachkommen, daß er die Bestellung eines Vorsitzenden unterläßt oder eine dementsprechende Satzungsbestimmung herbeiführt[40]). Hat der Vorsitzer aber die Entscheidungsbefugnis, wie es normalerweise der Fall sein wird, so steht ihm tatsächlich die Geschäftsführung der Gesellschaft zu, den seine Meinung ist in jedem Falle maßgebend, sei es, daß der übrige Vorstand geteilter Ansicht ist, sei es, daß der Vorsitzer seine Entscheidung gegen den Willen und die Auffassung sämtlicher Vorstandsmitglieder trifft. Allerdings müssen alle Mitglieder

39) B.-A. 37 S. 159.

40) Entsprechend: Geßler, in Soz. Praxis, 1938/64; Dietrich, Soz. Praxis, 1938/359; Herold, B.-A. 1938/496.

von der zur Entscheidung stehenden Frage unterrichtet sein, wie aus dem Wortlaut der Gesetzesstelle folgt, daß der Vorsitzer „nur" bei Meinungsverschiedenheiten zu entscheiden hat.

Der Gesetzgeber hat lediglich gesagt, daß der Vorsitzer bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand zu entscheiden habe. Es ist hierbei zu prüfen, ob sich diese Bestimmung lediglich auf das Innenverhältnis bezieht oder auch für das Außenverhältnis Geltung hat. Grundsätzlich ist die Vertretungsmacht in § 71 AG geregelt; außerdem läßt das Wort „im Vorstand" darauf schließen, daß hier der Gesetzgeber lediglich die Machtbefugnisse des Vorsitzers innerhalb des Vorstandes, also innerhalb der Geschäftsführung regeln sollte. Durch die Ernennung zum Vorsitzer wird also nicht seine Stellung nach außen festgelegt, wenngleich dies auch zusätzlich durch Satzungsbestimmung geschehen kann, sondern lediglich bei der Geschäftsführung, bei der Leitung ihm eine ganz besondere Stellung eingeräumt, während diese Bestellung das Außenverhältnis des Vorstandes völlig unberührt läßt.

Wie wirkt sich das alleinige Entscheidungsrecht des Vorsitzers aus?

Trifft der Vorsitzer des Vorstands eine Entscheidung in einer dem Vorstand zustehenden Frage, so ist die Entscheidung dies des Vorstands selbst. Hat er nun auch die ihm etwa durch Satzungsbestimmung eingeräumte alleinige Vertretungsbefugnis, so steht der Ausführung der von ihm gefaßten Beschlüsse auch gegen den Willen der übrigen Vorstandsmitglieder nichts im Wege. Wie ist aber die Sachlage, wenn das nicht der Fall ist?

Es wurde schon gesagt, daß die Entscheidung des Vorsitzenden im selben Maße Wirksamkeit hat, wie ein Beschluß des gesamten Vorstands. Dies will ja gerade der Gesetzgeber, wenn er dem Vorsitzer die alleinige Entscheidungsbefugnis gibt. Es braucht also m. E. an dieser Stelle nicht erörtert zu werden, ob ein Mitglied im Innenverhältnis auch dann zur Mitwirkung bei Durchführung des Beschlusses es noch den Aufsichtsrat anrufen muß, wie Geßler[41]) glaubt annehverpflichtet ist, wenn es nicht dem Beschluß zugestimmt hat, oder ob men zu müssen. um einer späteren eventuellen Regreßpflicht zu entgehen. Im Augenblick der Entscheidung ist es ein Beschluß des Vorsitzers des Vorstandes als Organ. Da Vorstandsmitglied ist doch verpflichtet, den Beschluß auszuführen, wollte es sich nicht schadens-

41) JW 37/499.

ersatzpflichtig machen. Die Regreßhaftung tritt aber nicht schon dann ein, wenn es die Beschlüsse bei der Beratung nicht billigt. Durch seine Entscheidung trägt der Vorsitzer die alleinige Verantwortung und er allein wäre eventuell schadensersatzpflichtig. Von einer Pflicht, den Aufsichtsrat zwecks Ausschlusses der Haftpflicht zu benachrichtigen, kann keine Rede sein; denn einfal ist das Vorstandsmitglied zur Mitwirkung verpflichtet, und zum andern muß der Aufsichtsrat von sich aus einer genügenden Überwachungspflicht nachdeshalb ausgeschlossen, weil die Vorstandsmitglieder nicht gehandelt kommen. Die Haftung ist, wie Teichmann[41]) sagt, in diesem Fall haben. Eine Haftung könnte sie nur dann treffen, wenn besondere Umstände vorliegen. Von solchen könnte dann die Rede sein, wenn ein Vorstandsmitglied unterlassen hat, dem Vorsitzenden wichtige Gründe anzuführen, die ihn unter Umständen zu einer Abänderung seines Beschlusses veranlaßt haben würden. Vorerwähntes gilt wohlgemerkt lediglich für das Innenverhältnis.

Um einiges anders ist es im Außenverhältnis. Würde man hier, wie Ritter[43]) annehmen will, ebenfalls eine unbedingte Mitwirkungspflicht von dem Vorstandsmitgliede verlangen, so wäre einmal die Unterscheidung zwischen Innenverhältnis und Außenverhältnis bei der Entscheidungsbefugnis in der Auswirkung sinnlos; denn dann wäre die Entscheidung innerhalb des Vorstandes gleichbedeutend mit der Entscheidung über die Durchsetzung des Beschlusses nach außen. Das aber soll gerade vermieden werden! Wenn ein Vorstandsmitglied unbedingt einen Entschluß nach außen wirksam unterzeichnen müßte, warum wäre dann überhaupt seine Mitwirkung erforderlich? In einem solchen Falle wird man schon dem Vorstandsmitglied auferlegen müssen, sich nochmals dem Aufsichtsrat zu offenbaren, der ohne weiteres in die Geschäftsführung auch nicht unmittelbar eingreifen kann. Wenn dies jedoch keinen Erfolg hat, wird man nicht so weit gehen können, wie Dietrich[44]), der annimmt, das Vorstandsmitglied habe dann sein Amt niederzulegen. Vielmehr wird dann seine Schadensersatzpflicht ausgeschlossen sein, da es alles getan hat, was man von einem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter verlangen kann. Wollte man einen anderen Standpunkt einnehmen,

42) § 70 Anm. 3 b.
43) § 70 Anm. 6.
44) JW 37/650.

insbesondere das Vorstandsmitglied könne seine Mitwirkung bei Ausführung des Beschlusses verweigern, auch durch evtl. Rücktritt von seinem Amte, so würde das dazu führen, daß die Aktiengesellschaft, die als juristische Person durch ihre Organe handelt, ihre Handlungsfähigkeit sehr oft verlieren würde.

§ 6.

Die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit.

Schon bei einer rein äußerlichen Betrachtung der Sorgfaltspflicht und der Verantwortlichkeit des Vorstandes lassen sich der § 241 HGB und § 84 AG als das Fundament, die magna charta des Vorstands bezeichnen. Sie enthalten eine Generalanweisung und sind die tragenden Bestimmungen für das gesamte Wirken des Vorstandes. Sie geben den Rahmen ab, in dem sich alle seine Handlungen bewegen sollen. Sie sind der Maßstab, mit denen seine ganze Tätigkeit zu messen ist[45]).

Nach § 241 HGB haben die Vorstandsmitglieder mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Geschäfte der Aktiengesellschaft zu führen. Mitglieder, die eine Obliegenheit verletzen, die also nicht mit dieser Sorgfalt die Geschäfte geführt haben, sind für diese Sorgfaltsverletzung verantwortlich. Der § 84 AG bestimmt, daß die Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Sie haften für die Verletzung von Obliegenheiten, es sei denn, daß sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehandelt haben.

Aus der Gegenüberstellung dieser beiden Vorschriften ergibt sich bereits, daß der Gesetzgeber den Haftungsmaßstab verändert hat. Im bisherigen Recht hieß es, die Haftung besteht im Falle der Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Hingegen verlangt das neue Aktienrecht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Ferner liegt ein Unterschied in der Regelung der Beweislast. Vor Erörterung dieser Punkte im einzelnen ist festzustellen, daß der Gesetzgeber nach b e i d e n Regelungen das

45) Festschrift für Pinner, a. a. O. S. 636.

sogenannte Verschuldensprinzip angewandt hat und nicht das sogenannte Veranlassungsprinzip, wie es in Anbetracht der alleinigen Führungsbefugnis des Vorstands vielleicht nahegelegen hätte.

Besteht nun zwischen den beiden Begriffen — Geschäftsmann und Geschäftsleiter — ein Unterschied? Und bejahendenfalls welcher? Ritter[46]) wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob durch die Wortänderung — Geschäftsmann und Geschäftsleiter — überhaupt materiell-rechtlich inhaltlich eine Änderung der Haftung vorgenommen worden sei oder ob nicht vielmehr die Änderung sich lediglich in rein formeller Natur vollzogen habe. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die Änderung nicht lediglich rein formeller Natur sei. Diese Ansicht Ritters von der Änderung des Haftungsmaßstabs wird ebenfalls von Geßler, Teichmann und Schlegelberger[47]) vertreten. Die Begründung, die von den Vertretern dieser Ansicht angeführt wird, ergibt sich aus der Erhöhung der Machtstellung des Vorstandes. Schlegelberger sagt, es sei ein gesunder Grundsatz, daß einer großen Machtstellung eine erhöhte Verantwortlichkeit als natürliches Gegengewicht entspreche. § 84 AG trage diesem Gedanken insbesondere dadurch Rechnung, daß der Vorstand nicht mehr nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes haftet, sondern daß die Vorstandsmitglieder die weitergehendere Sorgfalt eines Geschäftsleiters anzuwenden haben. Über den Begriff des Geschäftsleiters werden von Schlegelberger weitläufige Ausführungen gemacht, die aber eine klare Antwort, worin der Unterschied zwischen den beiden Begriffen besteht, vermissen lassen. Das gleiche ist von den Ausführungen Ritters und Geßlers zu sagen. Infolge der Schwierigkeiten, einen Unterschied zu entwickeln, sieht sich Godin zu der Erklärung veranlaßt, ein Unterschied im Haftungsmaßstab bestehe trotz der Wortänderung nicht.

Versucht man den Unterschied der beiden Begriffe zu erfassen, so geht man zweckmäßig von dem Wesen des alten § 241 HGB aus. Danach ist unter der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes die Sorgfalt zu verstehen, die ein ordentlicher Mann, der eine Geschäftsunternehmung der betreffenden Art *für eigene Rechnung* betreibt, anzuwenden pflegt[48]). Unter Geschäftsleiter wird man da-

46) § 84 Anm. 2 b.
47) Geßler JW 37/501; Teichmann § 84 Anm. 1; Schlegelberger § 84 Anm. 4.

gegen jede Person zu verstehen haben, die ein Unternehmen von bestimmter Art zu leiten hat, ganz gleichgültig, ob das Unternehmen für eigene oder fremde Rechnung geführt wird. Es entspricht allgemeinen Anschauungen, daß man von einer Person, die ein fremdes Unternehmen leitend führt, mehr Verantwortung erwartet als von einer solchen, die ein eigenes Unternehmen leitet. Das ergibt sich schon aus § 277 BGB, wonach derjenige, der nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, von der Haftung wegen grober aFhrlässigkeit nicht befreit ist. Aus dieser Bestimmung ist zu entnehmen, daß derjenige, der nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, für ein leichtfahrlässiges Verhalten, soweit er in fremden Angelegenheiten tätig wird, nicht verantwortlich gemacht werden kann. Daraus ist zu schließen, daß der Gesetzgeber unter dem Begriff eines Geschäftsleiters an solche Personen gedacht hat, die fremde Unternehmen zu leiten haben. Von diesen erwartet er, daß sie mit besonderer Sorgfalt bei der Geschäftsleitung vorgehen. Daraus ergibt sich ein Unterschied in materiellrechtlicher Beziehung. Während nach altem Recht der Vorstand nur für die Sorgfalt einzustehen hatte, die er als Kaufmann im eigenen Unternehmen aufwendet, muß der Geschäftsleiter hingegen als Treuhänder und Verwalter fremden Vermögens, damit als ein an volkswirtschaftlich hervorragender Stellung Stehender, mit einer erhöhten Sorgfaltspflicht bei der Geschäftsführung und der Vertretung vorgehen.

Eine weitere Änderung, die in diesem Zusammenhang festzustellen ist, ist die verschiedenartige Verteilung der Beweislast. Nach altem Aktienrecht war es so, daß derjenige, der einen Schadensersatzanspruch wegen des Verhaltens des Vorstands geltend machen wollte, nach der alten, allgemeinen Beweistlastregel — „wer einen Anspruch geltend macht, hat die den Anspruch begründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen" —, die schuldhafte und rechtswidrige Schadensstiftung eines Vorstandsmitglieds nachweisen mußte. Von diesem Gedanken ist der Gesetzgeber im neuen Aktienrecht in Anlehnung an die neuere Rechtssprechung abgegangen[49]).

Bereits im Entwurf von 1884 wollte man die Haftung des Vor-

48) Urteil vom 30. Jan. 1914, II, 486/13; Staub § 202 Anm. 9.
49) RG 120/69.

stands folgendermaßen formulieren: Die Vorstandsmitglieder haben, wenn sie in Anspruch genommen werden, die Anwendung dieser Sorgfaltspflicht zu beweisen. Diesen Gedanken hat, wie wir sehen, die Rechtsprechung trotz der gegenteiligen Regelung im HGB zur Entwicklung gebracht. Um verantwortungslosem Treiben von Vorstandsmitgliedern von vornherein einen Riegel vorzuschieben, hat der Gesetzgeber — insbesondere um das Vertrauen zur Aktiengesellschaft wiederherzustellen — sich veranlaßt gesehen, grundsätzlich für jenen Schaden, der durch das Verhalten des Vorstands entsteht, die Vorstandsmitglieder verantwortlich zu machen. Weil aber der Gesetzgeber eine Erfolgshaftung nicht als gerechtfertigt erachtet, gibt er den Vorstandsmitgliedern die Möglichkeit einer Exkulpation. Durch diese Regelung ist der Grundsatz der Schuldhaftung n i c h t durchbrochen worden.

Als Gläubiger eines Schadensersatzanspruches[50]) kommen wie nach bisherigem Recht (§ 241 HGB) die Gesellschaft selbst und die Gläubiger der Gesellschaft in Betracht. An dem Ersatzanspruch der Gesellschaft hat sich nichts geändert. Anders ist es aber, wenn die Gesellschaftsgläubiger einen Schadensersatzanpruch gegen die Vorstandsmitglieder geltend machen. Dieer Anspruch ist, wie nach altem Aktienrecht, nicht in der Person des Gläubigers begründet. Es handelt sich vielmehr um den Anspruch, der der Gesellschaft zusteht. Dieser Anspruch der Gesellschaft kann von den Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden. Wie nach bisherigem Recht kann man auch hier von einer sogenannten gesetzlichen Legitimationszession sprechen[51]). Es ist also so, daß nicht in der Person des Gläubigers der Anspruch in voller Wirksamkeit begründet ist. Ebensowenig wie im Bereich des alten Rechts ist es im Bereich des neuen Aktienrechts angängig, in dieser doppelten Möglichkeit, den Anspruch geltend machen zu können, eine Gesamtgläubigerschaft zu sehen; denn es haben nicht Mehrere zu fordern, sondern die Gesellschaft allein. Sie ist nur Gläubigerin, und ihre Gläubiger haben nur die Macht, ihren Anspruch geltend zu machen[52]). Diese subsidiäre Befriedigungsmöglichkeit der Gesellschaftsgläubiger ist im einzelnen anders ausgestal-

50) Über die Streitfrage „Ersatz oder Schadensersatz?"" siehe Cbnio, in HRGZ 38/175.

51) Schmidt, JJ 72/103; Löwe, KGBl 1911/29; Godin § 84 Anm. 24; RG 39/64 ff.

52) § 84 Anm. 9 a.

tet, wie es nach HGB der Fall war. Nach diesem konnten die Gläubiger den Ersatzanspruch in den im § 241 III HGB katalogmäßig aufgezählten Fällen geltend machen. Nunmehr geht aber der Gesetzgeber weiter, indem er schlechthin den Gesellschaftsgläubigern diese Befugnis zuweist. Allerdings sind die Fälle der Haftung, die im HGB katalogmäßig aufgezählt werden, im Aktienrecht besonders ausgestaltet worden. In den in Abs. 3 genannten Fällen können die Gesellschaftsgläubiger ohne weiteres die Ersatzansprüche geltend machen. Anders ist es aber mit den übrigen Schadensersatzforderungen. Auf diese können die Gesellschaftsgläubiger nur dann zurückgreifen, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben. Diese gröbliche Verletzung wird vermutet, wie sich aus dem § 84 V 2 AG, 2. Halbsatz, ergibt. Den Vorstandsmitgliedern obliegt der Nachweis, daß sie sich keiner gröblichen Verletzung schuldig gemacht haben. Der Vorstand hat nachzuweisen, daß er seine Pflicht nicht gröblich verletzt hat[53]). Die verschiedenartige Ausgestaltung hat der Gesetzgeber deshalb getroffen, weil die Sondertatbestände des Abs. 3 Regelungen darstellen, die die Kapitalgrundlage, also die Kreditbasis, die Vertrauensbasis gegenüber den Gläubigern betreffen. Der in seinem Vertrauen getäuschte Gläubiger muß bei einer Erschütterung dieser Kapitalgrundlage durch Handlungen, wie sie die Sondertatbestände des Absatz 3 darstellen, leichter zu seinem Ersatzanspruch kommen, als in den nicht zu den Sondertatbeständen gehörenden Fällen. Der Gesetzgeber rückt also bei seiner Regelung das Grundkapital als Garantiesumme stark in den Vordergrund.

Wie schon oben erwähnt, hat der Gesetzgeber sowohl im alten als auch im neuen Aktienrecht sogenannte Tatbestände der Haftung der Vorstandsmitglieder aufgestellt. Während die Haftung hieraus nach dem alten HGB auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber bestand — einen Schadensersatzanspruch der Gläubiger wegen Pflichtverletzung des Vorstandes schlechthin kannte das alte Aktiengesetz nicht —, ist die Haftung für diese Sondertatbestände nunmehr den Gesellschaftsgläubigern gegenüber neben die Haftung wegen gröblicher Pflichtverletzung getreten.

Die Sondertatbestände des Abs. 3 sind um zwei Fälle erweitert. Nach § 84 III Ziff. 7 AG haften die Vorstandsmitglieder, wenn

53) Ritter § 84 Anm. 9 d; Schlegelberger § 84 Anm. 21 und 24.

unter Verletzung der Bestimmungen des Aktienrechts — also des § 80 AG — Kredit von den Vorstandsmitgliedern gewährt worden ist. Diese Kreditgewährung war im HGB vor der Novelle überhaupt nicht verboten. Eine solche Untersagung brachte aber die Novelle vom September 1931 durch den § 240a. Als besonderer Haftungsfall war die Übertretung dieses Verbotes in § 241 III HGB nicht aufgenommen worden. Die Ersatzpflicht, die der § 241 HGB aufstellte, bestand demnach nur gegenüber der Gesellschaft und nicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wie § 241 IV in Verbindung mit Abs. 3 HGB ergibt. Da aber auch durch diese Kreditgewährung das Grundkapital als Kreditbasis gegenüber den Gläubigern gefährdet wird, war es nur gerecht, daß der Gesetzgeber in § 84 AG eine strengere Haftung für verbotene Kreditgewährung einführte.

Der zweite Fall, um den die Sondertatbestände erweitert sind, ist nach § 84 III Ziff. 8 AG dann gegeben, wenn die Vorstandsmitglieder entgegen dem Aktienrecht bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben haben. Diese Vorschrift mußte der Gesetzgeber deshalb neu einführen, weil die in Ziff. 8 geregelte Pflichtverletzung — man kannte im HGB keine bedingte Kapitalerhöhung — früher unbekannt war. Die Durchführung der durch den § 159 AG eingeführten bedingten Kapitalerhöhung in Gestalt der Ausgabe von sogenannten Bezugsaktien hat das Gesetz ausschließlich in die Hand des Vorstandes gelegt. In diesem Zusammenhang bestimmt der § 166 AG, unter welchen Voraussetzungen der Vorstand Bezugsaktien ausgeben darf. Bei Verletzung der Voraussetzungen des § 166 AG sind die dennoch in den Verkehr gelangenden Bezugsaktien nicht nichtig[54]), aber die Vorstandsmitglieder sollen, wie § 84 III Ziffer 8 AG sagt, schadensersatzpflichtig sein.

§ 7.

Das Recht auf Bezüge.

Was den Anspruch der Vorstandsmitglieder auf Bezüge anbelangt, so gab das alte HGB über deren Höhe keinerlei Auskunft. Von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgehend, hatte es der Gesetzgeber

54) Schlegelberger § 166 Anm. 13.

nicht für notwendig gehalten, durch eine Regelung irgendwie in die finanziellen Beziehungen zwischen Vorstandsmitgliedern und Aktiengesellschaften einzugreifen. Dies unterblieb einmal vornehmlich aus dem Grunde, weil bei Erlaß des HGB als selbstverständlich angesehen wurde, daß die Gesellschaft nicht über ihre finanzielle Potenz bezüglich der Vergütung bei Abschluß von Verträgen gehen würde. Zum andern sah man aber in der Folgezeit keine Möglichkeit, einen einmal abgeschlossenen Vertrag irgendwie abzuändern, wollte man nicht von dem Grundsatz der Erfüllung beiderseitiger Verträge abweichen.

So geschah es, daß teils durch persönliche Intrigen, teils durch die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse viele Vorstandsmitglieder Bezüge erhielten, die in keinem Verhältnis zu ihren Leistungen standen und die insbesondere nicht mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Betriebes bzw. der damaligen wirtschaftlichen Lage in Einklang standen. Lediglich der § 138 BGB unterband sittenwidrige oder wucherische Leistungen; man weiß aber aus der Praxis, wie schwer bei einem Geschäft die Voraussetzungen gerade des § 138 BGB nachzuweisen sind und wie schwierig die Abgrenzung zwischen sittenwidrigem und nichtsitten, wucherischen und nichtwucherischen Geschäften ist.

In der Zeit des wirtschaftlichen Niederganges nach der Scheinblüte von 1928 konnte der Fall eintreten, daß trotz schlechten Geschäftsganges die Vorstandsmitglieder nach dem Anstellungsvertrag sehr hohe Gehälter, Gewinnbeteiligung, Aufwandsentschädigung, Versicherungsgelder, Provisionen und sonstige Nebenleistungen verlangen konnten. Diese Vergütungen standen in schroffem Gegensatz zur Rentabilität des Betriebes. Da es sich um vertragsmäßige Leistungen handelte, konnte man, auch wenn man die clausula rebus sic stantibus ablehnte, für die damalige Zeit annehmen, daß die Aktiengesellschaft nur solche Vergütungen schuldete bzw. daß das Vorstandsmitglied nur solche Vergütungen verlangen konnte, die Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entsprechen (§ 242 BGB). Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht[55]) bestätigt. Es bringt damit eindeutig zum Ausdruck, daß ein allzu strenges Festhalten an einmal geschlossenen Verträgen nicht angebracht erscheint, wie auch der Satz „pacta sund servanda" nur mit der Einschränkung gilt, daß

55) RG 148/81.

sich der Inhalt der Leistung nach Art und Umfang nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte bemißt.

Der Reichspräsident sah sich durch diese Entwicklung veranlaßt, in seiner Notverordnung vom 6. Oktober 1931 den Dienstberechtigten ein einmaliges Recht zu geben und verhältnismäßig hohe Dienst- oder Versorgungsbezüge den Bedürfnissen der Gesellschaft anzugleichen. Es handelt sich dabei nur um eine einmalige Herabsetzung, die nicht mehr gegeben war, wenn der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten gegenüber sich auf das Herabsetzungsrecht auf Grund der Notverordnung berufen hatte und dann die Herabsetzung erfolgt war[56]). Wie bei der Anwendung des § 242 BGB kam es auf die einzelne jeweils fällig werdende Vergütungsleistung an und zwar, ob bezüglich dieser die Voraussetzungen des § 242 BGB gegeben waren.

Um diesem Übelstande abzuhelfen und um zugleich dem Bedürfnis einer eventuellen Vertragsabänderung Rechnung zu tragen, stellt das neue Aktienrecht, der angebahnten Entwicklung folgend, in § 78 AG der heutigen Volksauffassung gemäße Grundsätze für die Bezüge der Vorstandsmitglieder auf, indem sie die Vertragsfreiheit erheblich beschränkt.

Nach § 78 AG ist nunmehr das Überwachungsorgan Aufsichtsrat dafür verantwortlich, daß die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der einzelnen Vorstandsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen. Der Ausdruck „Gesamtbezüge" ist hierbei weit auszulegen; die Aufzählung im Gesetz ist also nicht als erschöpfend zu betrachten. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, einen bestimmten Betrag als Höchstgrenze anzugeben. Er verlangt vielmehr, daß der Aufsichtsrat die Aufgaben des Vorstandsmitgliedes und die wirtschaftliche Lage der Aktiengesellschaft einander gegenüberstellt und dementsprechend, sowie der Verkehrssite und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden folgend, die Höhe der Vergütung festsetzt[57]). So kann natürlich z. B. eine wirtschaftlich darniederliegende Aktiengesellschaft einem Vorstandsmitglied sehr wohl hohe Bezüge gewähren, um dieses zur Annahme der Stellung und zur Sanierung der Aktiengesellschaft zu veranlassen. Wenn aber die Bezüge bei Abschluß des Vertrages zu

56) JW 35/2878.
57) JW 37/499.

hoch liegen, so hat der Aufsichtsrat seiner Überwachungspflicht nicht genügt.

Fraglich ist, ob ein Anstellungsvertrag der Vorstandsmitglieder mit einem gegen § 78 AG verstoßenden Inhalt nichtig ist. Man wird der Ansicht folgen können, daß es sich bei § 78 AG um eine sogenannte lex imperfecta handle, also einem Gesetz, bei dem der entgegen der Norm geschlossene Vertrag zwar gültig, aber mit einer Schadensersatzpflicht verknüpft sei. Gegen die Annahme, daß ein unter Verstoß des § 78 AG geschlossener Vertrag nichtig sei, sprechen zwei Umstände:

1. Der Wortlaut des § 78 I AG steht einer solchen Annahme entgegen. Das Gesetz sagt: „Der Aufsichtsrat hat dafür zu sorgen, daß ...". Dieser Wortlaut läßt nicht die Annahme zu, daß der Anstellungsvertrag nichtig ist, wenn der Aufsichtsrat nicht dafür gesorgt hat.

2. Nimmt man eine Schadensersatzpflicht bei Verletzung der dem Aufsichtsrat durch § 78 AG übertragenen Sorgfaltspflicht an, wozu uns § 99 AG zwingt, so kann man doch nicht sagen, daß daneben der Anstellungsvertrag nichtig ist. Wäre das der Fall, so wäre doch durch diesen Vertrag der Aktiengesellschaft kein Schaden entstanden[58]), soweit noch keine Leistungen erfolgt sind. Gewiß kann aus anderen allgemeinen Gründen der Anstellungsvertrag nichtig sein. So kann es sein, daß der Anstellungsvertrag wegen § 138 BGB nichtig ist, weil ihm entweder die Merkmale der Unsittlichkeit oder des Wuchers anhaften.

Unter normalen Umständen kann sich das Vorstandsmitglied darauf verlassen, daß die nach § 78 I AG festgesetzten Bezüge auch während der ganzen Laufzeit des Vertrages in voller Höhe weitergewährt werden. „Tritt jedoch nach Festsetzung der Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder eine sehr wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft ein, so daß die Weitergewährung der Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft bedeuten würde, so ist der Aufsichtsrat zu einer angemessenen Herabsetzung berechtigt." Geßler[59]) sagt hierzu, das Gesetz verlasse damit den Grundsatz, daß Verträge unter allen Umständen nach dem Buchstaben zu erfüllen seien; es setze an Stelle dieses starren Prinzips

58) Schlegelberger § 78 Anm. 7.
59) JW 35/500.

die Berücksichtigung von Treu und Glauben. — Zugegeben, daß es der gesunden Volksauffassung entspricht, daß das Vorstandsmitglied in einem solchen Falle zugunsten der Belange der Gesellschaft ein besonderes Opfer bringt[60]), und daß die Vorschrift in ihrer Auffassung von der Verbundenheit von Vorstand und Gefolgschaft dem nationalsozialistischen Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" entspricht[61]), so geht doch dieser vorerwähnte Satz von Geßler zu weit. Dies hat das Reichsgericht in einer Entscheidung ausgesprochen (RG 148/90). Es sagt, die Erfüllung von Verträgen habe jeweils nur im Hinblick auf § 242 BGB zu geschehen. Dieser Grundsatz, der nach ausdrücklicher Bestätigung des Reichsgerichts schon im alten Recht galt, wird demnach im neuen Aktienrecht nicht erst neu geschaffen, sondern der alten Auffassung entsprechend für einen bestimmten Fall unter bestimmten Voraussetzungen gesetzlich anerkannt.

Ritter[62]) will diese Gesetzesstelle auch dann anwenden, wenn z. B. die Bestellung des Vorstandsmitgliedes sich als Fehlschlag erweist oder wenn die Aufgaben des Vortandmitgliede kleiner geworden sind. Er behauptet anschließend, der Aufsichtsrat müsse sich gegebenenfalls anderer Mittel wie Rücktritt, Anfechtung, Widerruf, bedienen. Damit wird aber m. E. der Sinn der Gesetzesstelle völlig verkannt. Ritter wird bereits dadurch widerlegt, indem man ihm entgegenhält: Handelt es sich dabei um eine „wesentliche Verschlechterung in den Verhätnissen"? Im übrigen würde das zu einer unbilligen Bevorzugung der Gesellschaft führen, die — hätte sie z. B. infolge Unachtsamkeit ein Vorstandsmitglied auf 5 Jahre bestellt — auf Grund des § 78 II AG sich vorzeitig von dem Vertrage lossagen könnte. Eine solche analoge Anwendung ist als abwegig zu bezeichnen.

Der Aufsichtsrat ist, wie oben ausgeführt, berechtigt und damit auch verpflichtet, die Bezüge herabzusetzen. Dieses Recht bzw. diese Pflicht offenbart sich wiederum als ein Ausfluß seiner Kontrolltätigkeit, indem er auch gegen untragbare bzw. unangemessene Ausgaben der Aktiengesellschaft einschreiten muß, ein Recht, das ihm nach dem alten HGB nicht zustand. Der Abs. 2 bringt allerdings nicht klar

60) Schlegelberger § 78 Anm. 8.
61) JW 37/500.
62) § 78 Anm. 3 a.

zum Ausdruck, ob die Herabsetzung eine einmalige, dauernde oder nur eine für die Zeit der finanziellen Notlage der Gesellschaft geltende sein soll. Die Entscheidung des Reichsgerichtes in Bd. 148 S. 81, die nur für die einzelne jeweils fällige Leistung gilt, kann nicht zum Vergleich herangezogen werden; denn dieser liegt der Gedanke des § 242 BGB zugrunde. Man wird jedoch aus dem Aufbau der Gesetzesstelle entnehmen können, daß im Falle einer nichtbefristeten Herabsetzung kein Anspruch des Vorstandsmitgliedes besteht, bei Besserung der Verhältnisse die Wiederheraufsetzung zu verlangen, obwohl der Aufsichtsrat gerade die Herabsetzung jederzeit aufheben kann[63]).

Daß der Anstellungsvertrag als solcher durch diese Maßnahmen in keiner Weise berührt wird, versteht sich von selbst. Um jedoch nicht einseitig die Belange der Gesellschaft zu vertreten, und „zur Vermeidung unbilliger Härten, die darin liegen könnten, daß der Vorstand auf fünf Jahre an die Gesellschaft gebunden ist" (Begr. 37), kann das Vorstandsmitglied den Anstellungsvertrag für den Schluß des nächsten Kalendervierteljahres mit einer Kündigungsfrist von 6 Wochen kündigen[64]).

§ 8.

Zulässigkeit der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder.

Eine wesentliche Änderung bezüglich der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder, die in § 80 AG ausgesprochen ist, liegt im Zuge der allgemeinen Reformbestrebungen der letzten Jahre.

Das alte HGB hat es verabsäumt, irgendwelche Bestimmungen bezüglich der Kreditgewährung zu treffen. In der Folgezeit wurde das Problem öfters erörtert und von Praxis und Wissenschaft als reformbedürftig anerkannt. Insbesondere hat der Zusammenbruch der Frankfurter Allgemeinen Versicherungsgesellschaft gezeigt, der vor allem auf Mißstände bei der Kredithergabe zurückzuführen ist[65]), daß eine schleunige Bereinigung des Problems vonnöten war.

63) Schlegelberger § 78 Anm. 13; Rücker § 78 Anm. 3 b; JW 37/500.

64) Um den vom Konkursverwalter gekündigten Mitgliedern des Vorstandes nicht unbefristet für die Aufhebung des Dienstverhältnisses Schadensersatz leisten zu müssen, beschränkt sich die Eratzpflicht auf zwei Jahre.

65) JW 30/3603.

Von Regierungsseite wurde dies auch anerkannt. Es kam dazu, daß im Entwurf von 1930 der § 83 eingeführt worden ist, der die Hingabe eines Darlehens an Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von der Genehmigung des Aufsichtsrates abhängig machte. Es war allerdings erst ein kleiner Anfang und mancherlei Mängel zeigten sich in der Fassung. Insbesondere wies Sintenis[66]) darauf hin, daß Umgehungen nicht schwierig sein würden. Doch das war kein Grund, deshalb die ganze Vorschrift zu verwerfen, wie er es aus vorerwähnten und anderen Gründen tun will. So erkent Pinner[67]) die neue Vorschrift des Entwurfs als durchaus begrüßenswert an, da sie geeignet sei, in der Praxis hervorgetretene Mißstände zu beseitigen. Er erklärt aber auch, daß sie in Anbetracht der vielen Umgehungsmöglichkeiten „nicht weit genug gehe". Dem war jedoch abzuhelfen. Da die Einführung des neuen Paragraphen einem besonderen Dringlichkeitsbedürfnis entsprach, wurde der Gedanke weiter verfolgt, ausgebaut und in § 240 a HGB durch die Verordnung des Reichspräsidenten vom 19. September 1931 in das aHndelsgesetzbuch eingefügt. Schmölder[68]) sieht in der Verordnung einen Unterschied gegenüber dem ersten Entwurf darin, daß „die Bestimmungen, was den Personenkreis betrifft, eingeschränkt sind"; das dürfte jedoch nicht der Richtigkeit entsprechen. Im Gegenteil, dieser Personenkreis wurde, immer wieder um Umgehungen der Bestimmungen zu vermeiden, wesentlich erweitert und zwar auf Personen, die allerdings nicht zu der Aktiengesellschaft gehören (§ 240 a III HGB). Innerhalb des Gefüges der Aktiengesellschaft ist der Kreis zugegeuenermaßen eingeschränkt worden. Das scheint Schmölder wohl gemeint, jedoch ungeschickt ausgedrückt zu haben. Es trifft zu, daß entgegen den Vorschlägen des Entwurfes, der forderte, daß die Hingabe eines Darlehns an Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder genehmigungspflichtig sei, jetzt lediglich der Vorstand betroffen wird. Der Grund zu dieser Einschränkung ist darin zu erblicken, daß es bei sehr vielen Aufsichtsratsmitgliedern schwierig, ja fast unmöglich ist, den personellen Kredit gegenüber dem Kredit, der ihnen als Vertretern ihrer Firma gewährt wird, abzugenzen[69]). Der Vorschlag Pinners in JW

66) B.-A. 30/465.
67) JW 30/3676; vgl. auch JW 30/2627.
68) JW 31/2928.
69) JW 31/2928.

1930 S. 3676, nach dem auch der einzelne Aktionär unter die Gruppe der betroffenen Personen fallen sollte, ist als undurchführbar und wirtschaftlich nicht gerechtfertigt, abgelehnt worden. Die große Linie läuft jedoch darauf hinaus, möglichst alle eventuell als Strohmänner des Vorstandes auftretende Personen zu erfassen.

Die Verordnung hat dagegen den Rahmen der genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte erweitert. Während der Entwurf lediglich die Darlehnshingabe umfaßte, spricht die Verordnung ganz allgemein von „Krediten". Sie meint damit sämtliche Arten der Kreditgewährung, mögen sie heißen, wie sie wollen. Hierdurch ist dem Wunsch Pinners Rechnung getragen worden, der eine Vervollständigung des § 83 des ersten Entwurf forderte, aus Furcht, daß durch Umgehungsgeschäfte der Sinn und Zweck dieser Vorschrift illusorisch gemacht werden könnte.

In der Praxis wurde die Einführung des § 240a HGB lebhaft begrüßt, da er schon als dringend notwendig erachtet worden war. So kam es, daß diese bewährte Bestimmung des HGB mit einer nochmaligen Erweiterung des betroffenen Personenkreises — im wesentlichen unverändert — in das Aktiengesetz übernommen wurde. Die Begründung sagt hierzu, daß die Erweiterung des Personenkreises notwendig war, da sonst das Verbot des § 80 AG leicht umgangen werden konnte. Als weitere von der Bestimmung betroffene Personen werden vom Gesetz „die leitenden Angestellten" genannt, da diese in ähnlichen Fällen ähnliche Posten bekleiden wie ein Vorstandsmitglied. Um jedoch über den Begriff des „leitenden Angestellten" keinen Streit aufkommen zu lassen, stellt der Gesetzgeber in einer Legaldefinition eindeutig fest, welche Personen als neu hinzutretend gelten.

Nunmehr ist die Entwicklung der letzten Jahre zum Abschluß gebracht und die größtmögliche Sicherheit gegen gefährliche Kreditgeschäfte gegeben.

Als unbeachtlich und nicht gefahrbringend für die Gesellschaft sind im Anschluß an das Gesetz über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934 sogenannte Kleinkredite bezeichnet worden. Hierbei handelt es sich um Kredite, die einen Monatsgehalt nicht übersteigen, sie sind von der Genehmigungspflicht ausgenommen.

§ 9.

Die Berichterstattungspflicht.

Eine weitere Rechtspflicht des Vorstandes bei der Geschäftsführung besteht darin, in gewissen Zeitabständen dem Aufsichtsrat einen Bericht über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens zu erstatten (§ 81 AG).

Etwas ähnliches war im alten Recht gesetzlich nicht vorgesehen. Auf Anregung der Aktienrechtskommission jedoch[70]) wurde im § 70 des ersten Entwurfs im neuen Aktienrecht eine dementsprechende Regelung getroffen, die unter Hinzufügung eines zweiten Satzes als § 239 a durch die Verordnung von 1931 in das Handelsgesetzbuch eingeführt wurde. Die Vorschrift bezweckt, den Aufsichtsrat unabhängig von seinem Recht auf jederzeitige Berichterstattung (§ 95 AG), fortlaufend von dem Gang des Unternehmens zu unterrichten, um ihm dadurch die Möglichkeit einer dauernden möglichst sorgfältigen Überwachung der Gesellschaft zb geben[71]). Außerdem soll die Vorschrift dagegen vorbeugen, daß einzelne Aufsichtsratsmitglieder bei einem eventuellen Regreßfall sich auf Unkenntnis irgendwelcher Geschäftsvorgänge berufen können. Endlich gereicht die Vorschrift auch dem Vorstand zum Vorteil; denn durch die Abfassung des Berichtes hat auch er Gelegenheit, die Auswirkungen seiner geschäftlichen Maßnahmen zu überprüfen.

Diese Überlegungen hatten zur Einführung des § 239 a HGB geführt und waren auch wieder die Anregungen für Beibehaltung der Vorschrift in § 81 AG. Hier finden wir wieder die beiden Arten der Berichterstattung, die regelmäßige und die aus besonderem Anlaß. Eine Änderung ist nur insoweit eingetreten, als die Sonderberichterstattung nicht wie bisher entsprechend der regelmäßigen Berichterstattung sich an den Aufsichtsrat richte, sondern nunmehr an den Vorsitzer des Aufsichtsrats zu erfolgen hat. Diese Neufassung beruht auf dem Grundgedanken, daß es einfacher und die Geschäftsführung fördernder ist, wenn bei wichtigen Anlässen möglichst schnell die Bericht erstattung erfolgen kann, wie es bei dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats der Fall ist, der dann gemäß seiner Rechtsstellung die eventuell nötigen Maßnahmen rasch ergreifen

70) Bericht S. 22.
71) Begr. 37.

und in die Wege leiten kann und nicht erst der gesamte Aufsichtsrat in Tätigkeit treten muß, was oft beträchtlichen und wertvollen Zeitverlust bedingt. Hierdurch wird nicht ausgeschlossen, daß der Vorsitzer, falls er es für nötig erachtet, auch bei einem Sonderbericht den gesamten Aufsichtsrat verständigen kann.

Ritter führt im Anschluß hierzu an, der Vorstand habe die Wahl, ob er dem Vorsitzer des Aufsichtsrates oder seinem Stellvertreter berichten wolle. Als Begründung gibt er an, es sei sonst nicht möglich gewesen, den Stellvertreter im § 81 AG besonders zu erwähnen[72]). Zunächst ist festzustellen, daß im alten Recht der Grundsatz galt, daß der Stellvertreter die ihm übertragenen Befugnisse nur dann auszuüben habe, wenn der Vorsitzende irgendwie verhindert ist, sein Recht wahrzunehmen, also lediglich im Vertretungsfalle. Das gibt auch Ritter zu, indem er m. E. richtig auf das Urteil des Kammergerichts vom 29. August 1933[73]) verweist. Im Anschluß an § 92 AG[74]) sagt er aber entgegen seine oben geäußerten Meinung, „daß der Stellvertreter ... nur im Vertretungsfall vorsitzt". Ob sich Ritter dadurch widerspricht, geht hieraus nicht klar hervor, weil er das Wort „vorsitzt" gebraucht, also in Sitzungen usw. Da er den Satz im Anschluß an § 92 AG anführt, der lediglich allgemein von der Pflicht zu Erkennung spricht, muß der Satz auch wohl allgemein verstanden werden: also nur bei Behinderung des Vorsitzenden Stellvertretung. Ritter würde sich also insofern widersprechen. Von anderer Seite wird niemals tiefer auf das Problem eingegangen.

M. E. ist die Argumentierung Ritters in § 81 nicht unrichtig; denn in den meisten Vorschriften, in denen vom Vorsitzer des Aufsichtsrates die Rede ist, wird dessen Stellvertreter nicht erwähnt. Ausnahmen ergeben sich hiervon einmal in den §§ 92, 141 AG, außerdem aber in den Bestimmungen über die Anmeldung usw. (§§ 151, 155, 176, 180 AG). Auch hier wird die Frage auftauchen, ob ein wahlweises Tätigwerden in Frage kommen kann. Nach der Ausdrucksweise des Gesetzes könnte man jedenfalls für den § 81 AG daran denken, daß der Vorstand die Wahl habe, sich zwischen Vorsitzer und Stellvertreter zu entscheiden; denn es würde sich tatsächlich von selbst ergeben, daß er im Verhinderungsfalle tätig würde.

72) Ritter § 81 Anm. 4 a.
73) KGBl 1933/137.
74) § 92 Anm. 3 b.

Diese Schlußfolgerung, die auch Ritter zieht, ist m. E. aber unrichtig. Es scheint hier lediglich eine schiefe Ausdrucksweise des Gesetzes vorzuliegen. Man wird deshalb nicht aus dem Wortlaut des § 81 AG schließen können, der Stellvertreter habe hier dieselbe Stellung wie der Vorsitzer selbst; denn Sinn und Zweck der Vorschrift gestatten eine dahingehende Auslegung nicht, da evtl. Gegensätze zwischen den beiden Personen zu unliebsamen Weiterungen führen könnten. Es ist also daran festzuhalten, daß grundsätzlich der Vorsitzer und nur im Verhinderungsfalle der Stellvertreter zuständig ist. Es liegt auch überdies kein Grund vor, von dieser grundsätzlichen Regelung abzuweichen.

Im Gegensatz zu § 239 a HGB ist in § 81 AG noch der Rahmen gegeben, in dem die Berichterstattung zu erfolgen hat: der Bericht hat den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Von einer derartigen Gewissenhaftigkeit und Treue war im § 239 a HGB nicht die Rede. Die Sorgfaltspflicht, mit der der Aufsichtsrat vorzugehen hatte, war in Ermangelung besonderer Bestimmungen die allgemein übliche. Der Vorstand hatte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorzugehen, insbesondere auch bei der Frage, ob ein Anlaß zur Erstattung des Sonderberichtes vorlag.

Ritter meint, es sei beschämend, dies hier nochmals besonders zu erwähnen, da es sich schon aus den allgemeinen Bestimmungen des Aktienrechtes ergebe[75]). M. E. fehlt der Vorschrift ein beschämender Charakter. Im Gegenteil, es war notwendig, einen bestimmten Rahmen aufzustellen, um von vornherein Zweifelsfragen über die Art und Weise sowie den Umfang der Berichterstattung auszuschließen. Irgendwie mußte der Gesetzgeber dies zum Ausdruck bringen, nachdem er schon einmal entschlossen war, einen Maßstab aufzustellen. Wollte man in diesen Worten des Gesetzgebers einen beschämenden Charakter erblicken, so müßte man auch annehmen, daß in der Bestimmung des Gesetzes — der Vorstand hat mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vorzugehen — etwas Beschämendes herauszulesen sei.

Innerhalb der Berichterstattung wird oft die Frage auftauchen, ob es Grenzen der Berichterstattung gibt. Im § 128 III AG ist anläß-

75) Ritter § 81 Anm. 5.

lich der Behandlung des Geschäftsberichtes bestimmt, daß die Berichterstattung insoweit unterbleiben kann, wie überwiegende Belange der Gesellschaft, eines beteiligten Unternehmens oder der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern. An eine entsprechende Anwendung dieser Gesetzesstelle auf die Berichterstattung nach § 81 AG wäre zu denken. Es finden sich auch Stimmen in der Literatur, die trotz Schweigens des Gesetzes in § 81 AG einer derartigen Begrenzung der Berichterstattungspflicht das Wort redet[76]). Um diese Frage zu entscheiden, ist davon auszugehen, weshalb der Gesetzgeber in § 128 III AG die Beschränkung eingeführt hat.

Der Geschäftsbericht ist durch den Vorstand der Hauptversammlung vorzulegen. Er ist weiterhin entsprechend § 125 AG zwei Wochen lang vor dem Tage der Hauptversammlung in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Der Geschäftsgang der Aktiengesellschaft wird hierdurch allen an der Aktiengesellschaft Beteiligten kund, insbesondere auch solchen Personen, die vielleicht weniger an der Aktiengesellschaft selbst interessiert sind, weil sie nur einen kleinen Aktienbesitz ihr eigen nennen. Um dem Unternehmen gegenüber solchen Personen einen gewissen Schutz zu gewähren, mußte der Gesetzgeber vorsehen, daß nicht weniger interessierte Aktionäre aus irgend welchem Grunde zu verschweigende Tatsachen gegenüber Dritten auswerten. Dies geschah durch die Bestimmung des § 128 III AG. Derartige Bedenken bestehen aber gegenüber dem Aufsichtsrat nicht; denn dieser hat der Aktiengesellschaft einen gewissen Pflichtenkreis. Es trifft ihn eine Haftung bei dessen Verletzung, während bei den Aktionären eine derartige Haftung höchstens aus allgemeinen Bestimmungen, wie etwa unerlaubter Wettbewerb und unerlaubte Handlungen, in Frage kommen könnte.

§ 10.

Die Einberufung des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung durch den Vorstand.

Über die Frage, wer den Aufsichtsrat einzuberufen hat, enthielt das HGB keine Bestimmungen, wie auch überhaupt das Gesetz über

76) Ritter § 81 Anm. 5.

Formen, in welchen der Aufsichtsrat tätig wird, keine Regelung brachte. Es blieb daher den Gründern bzw. der Generalversammlung überlassen, in der Satzung für den Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung aufzustellen, welcher sich die Aufsichtsratsmitglieder durch ihre Anstellung unterwarfen[77]). Bestimmte die Satzung nichts, so mußte aus der Natur der Sache sowie aus den Einzelumständen die Frage entschieden werden, wer den Aufsichtsrat einzuberufen hatte. Soweit ein Vorsitzender von der Satzung vorgesehen war, hatte selbstverständlich er dieses Recht. Aber auch einer Minderheit von Aufsichtsratsmitgliedern mußte man das Recht der Einberufung des Aufsichtsrates zuerkennen.

In dieser Frage hatte bereits die Novelle in § 244 a HGB eine Regelung getroffen. Ihr folgend, hat der § 94 AG einen Abschluß der Entwicklung gebracht. In § 94 AG ist zwar von einem Einberufungsrecht des Vorsitzenden direkt nicht die Rede. Aber aus der Tatsache, daß jedes Aufsichtsratsmitglied und auch der Vorstand vom Vorsitzer des Aufsichtsrates die Einberufung desselben verlangen kann, ist zu schließen, daß dem Vorsitzer des Aufsichtsrates das Recht der Einberufung zusteht. Ein solches Recht des Vorstandes kannte weder das HGB noch der durch die Novelle eingeführte § 244a. Nach HGB konnte zwar die Satzung ein derartiges mittelbares Einberufungsrecht dem Vorstande zugestehen, gesetzlich ist ihm aber dieses Recht erst durch den § 94 AG gewährt worden. Das Gesetz hat wohl ausdrücklich dem Vorstande das Recht auf Anspruch auf Einberufung des Aufsichtsrates zugestanden, weil wegen der Machtstellung des Vorstandes in solchen Fällen, in denen die Verantwortung für eine Entscheidung für ihn zu schwer wäre, es zweckmäßig ist, den Aufsichtsrat vor der Entscheidung anzuhören. Um von vornherein ein evtl. Ausweichen des Vorsitzers des Aufsichtsrates zu verhindern, hat man dem Vorstand ein unmittelbares Einberufungsrecht für den Fall gewährt, wenn der Vorsitzer des Aufsichtsrates trotz Angabe der Gründe und des Zweckes der Einberufung sich weigert, den Aufsichtsrat zur Beschlußfassung zusammenzurufen.

Dem Vorstand setht aber noch ein zweites Einberufungsrecht zu, nämlich das Recht, die Hauptversammlung einzuberufen. Schon

77) Brodmann § 246 Anm. 3 a.

nach altem Aktienrecht (§ 253 HGB) wurde die Generalversammlung durch den Vorstand einberufen. Hierbei ist es auch im neuen Aktiengesetz geblieben. Wie aus den §§ 105 und 253 AG hervorgeht, handelt es sich dabei um kein ausschließliches Recht des Vorstandes; denn durch die Satzung kann auch anderen Organen das Einberufungsrecht zugestanden werden. Das Einberufungsrecht des Vorstandes ist aber in einer Hinsicht verbessert worden. Im alten Aktienrecht war bestritten, ob die Einberufung der Generalversammlung wirksam war, wenn an ihr Vorstandsmitglieder mitgewirkt hatten, die gar keine Vorstandsmitglieder waren. Der Grund, weshalb ihnen eine derartige Stellung nicht zustand, konnte verschiedenartig sein. Entweder war die Bestellung nichtig oder das Mitglied war überhaupt nicht bestellt oder die Anstellung war anfechtbar. Man unterschied bei der Lösung dieser Frage, ob eine Eintragung des Vorstandsmitgliedes in das Handelsregister erfolgt war oder nicht. Man machte es davon abhängig, ob die Vorstandsmitglieder ihre Stellung tatsächlich ein-, ihr Amt tatsächlich wahrnahmen[78]). Diese Streitfrage hat nun das neue Aktiengesetz gelöst, indem es die Eintragung in das Handelsregister in Fortentwicklung des Gedankens des negativen guten Glaubens von entscheidender Bedeutung sein läßt. § 105 I 2 AG bestimmt nämlich: Personen, die in das Handelsregister als Vorstandsmitglieder eingetragen sind, gelten als zur Einberufung der Hauptversammlung befugt. Der Gedanke dieser Stelle ist folgender: Zur Begründung der Stellung der Vorstandsmitglieder ist die Eintragung in das Handelsregister an sich nicht erforderlich. Deshalb kann auch ein nicht eingetragenes Vorstandsmitglied an der Einberufung der Hauptversammlung rechtswirksam teilnehmen. Ist aber der Vorstand, d. h. sind die einzelnen Mitglieder in das Handelsregister eingetragen, so ist die Einberufung selbst dann wirksam, wenn die Bestellung zum Vorstandsmitglied von vornherein unwirksam war oder wenn die Bestellung nachträglich wegfiel, z. B. infolge von Abberufung, Anfechtung, Eintritt von voller Geschäftsunfähigkeit. Anders wie in § 15 HGB stellt es das Gesetz in § 105 AG nicht auf die Kenntnis oder Unkenntnis bestimmter Personen ab. Vielmehr wird ausdrücklich die Tatsache der Eintragung der Vorstandsmitglieder zur Grundlage der wirksamen Einberufung gemacht.

78) Brodmann § 253 Anm. 1 h; Staub § 259 Anm. 29; Hueck a. a. O. 34 Anm. 9.

Diese ist also demnach auch dann wirksam, wenn die Aktionäre die Nichtigkeit der Bestellung eines Vorstandsmitgliedes oder gar mehrerer kennen. Dabei ist es gleichgültig, ob nur ein unwirksam bestelltes Vorstandsmitglied vorhanden ist, ob es mehrere oder gar alle sind.

§ 11.

Die Feststellung des Jahresabschlusses.

Aus den bisherigen Ausführungen hat sich ergeben, daß die dem Vorstandsmitglied zukommenden Befugnisse eine starke Erweiterung erfahren haben. Diese Erweiterung ist hauptsächlich auf Kosten der Hauptversammlung geschehen. Das Gesetz drängt die Hauptversammlung innerhalb ihres früheren Machtbereiches im wesentlichen auf die Punkte zurück, die sich auf den Aufbau der Aktiengesellschaft beziehen. Nachdem der Gesetzgeber so der Hauptversammlung jede Geschäftsführungsbefugnis genommen hat, mußte er in der Frage der Aufstellung des Jahresabschlusses diesem veränderten Gedanken Rechnung tragen. Zu den Befugnoissen, die dem Vorstand heute zukommen, gehört die Aufstellung des Jahresabschlusses[79]). § 125 AG bestimmt in Abs. 1, daß der Vorstand für das vergangene Geschäftsjahr die Jahresbilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen hat. Nach altem wie auch nach dem durch die Novelle von 1931 veränderten Aktienrecht stand die Befugnis, den Jahresabschluß zu perfektuieren, der Hauptversammlung zu. Es war allerdings nicht so, daß die Hauptversammlung den Jahresabschluß aufzustellen hatte. Die Regelung war vielmehr derart, daß dem Vorstand diese Aufgabe zufiel; die Hauptversammlung hatte dann eine Billigung hinsichtlich des Jahresabschlusses auszusprechen. Dabei ist kurz auf den ursprünglichen § 260 HGB einzugehen, und es sind die Änderungen zu betrachten, die die Novelle von 1931 gebracht hat. Ursprünglich bestimmte der § 260 HGB: die Generalversammlung beschließt über die Genehmigung der Jahresbilanz. Nach dem durch die Novelle geänderten Paragraphen heißt es jetzt: die Gene-

79) Siehe auch hierzu: Köln. Ztg. vom 24. 9. 1937: Die Feststellung des Jahresabschlusses und der Gewinnverteilung.

ralversammlung beschließt über die Jahresbilanz. Welche Bedeutung hat nun die Weglassung der Worte „die Genehmigung"?

Zu dem geänderten § 260 HGB führt Schlegelberger aus, durch die neue Fassung sei deutlicher als bisher zum Ausdruck gebracht, daß die Zuständigkeit der Generalversammlung nicht darauf beschränkt sei, die ihr vorgelegte Bilanz zu genehmigen. Sie könne auch abändern und sei überhaupt befugt, selbständig über den Inhalt der Bilanz Beschluß zu fassen[80]). Schlegelberger bringt zum Ausdruck, daß schon nach dem alten HGB in § 260 nicht so sehr die Genehmigung als die Feststellung der Jahresbilanz geregelt war. Dies wurde in der Literatur allgemein anerkannt. So sagt Brodmann mit Staub-Pinner, daß die Generalversammlung nach § 260 HGB nicht allein die Wahl habe, die vom Vorstand vorgelegte Bilanz entweder zu billigen oder abzulehnen, es stehe ihr auch das Recht zu, über die einzelnen Sätze der Bilanz abändernd zu beschließen. Es ist also nur eine mehr formelle Verdeutlichung des Rechtes der Generalversammlung. Die materiell wichtige Änderung durch die Novelle liegt in dem Satz, daß die Generalversammlung auch über die Gewinn- und Verlustrechnung zu beschließen habe.

Wie im alten Aktienrecht die endgültige Feststellung des Jahresabschlusses durch zwingende Vorschrift der Generalversammlung zugeschrieben war, so hat das Aktiengesetz in gleicher Weise zwingend die Zuständigkeit für die Feststellung des Jahresabschlusses dem Vortande deshalb überwiesen, weil die Stellung dieser beiden Organe grundsätzlich verändert worden ist.

Den Jahresabschluß für das alte Geschäftsjahr hat der Vorstand innerhalb der Frist von drei Monaten im neuen Geschäftsjahre aufzustellen. Diese Fristbestimmung war in gleicher Weise im alten Aktienrecht mit dem kleinen Unterschied zu finden, daß die Satzung die Frist früher auf 6 und heute auf 5 Monate verlängern kann. Während aber damals die Genehmigung einzig und allein und unabhängig von anderen Organen der Generalversammlung zustand, ist nach neuem Aktienrecht der Vorstand gezwungen, den Jahresabschluß dem Aufsichtsrat vorzulegen, damit dieser sich hierüber erklären kann. Wenn nun der Aufsichtsrat den Jahresabschluß nicht billigt, dann fällt, wie nach altem Aktienrecht, die Befugnis zur

80) Schlegelberger, Verordnung § 260 Anm. 3.

Feststellung desselben der Hauptversammlung zu. Noch in einem zweiten Fall ist die Hauptversammlung zur Feststellung des Jahresabschlusses berrufen, nämlich dann, wenn sich der Vorstand und der Aufsichtsrat für eine Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung entscheiden. Es ist aber nicht angängig, daß der Vorstand von sich aus die Zuständigkeit im Einzelfall auf die Hauptversammlung überträgt. Wird in der genannten Weise die Zuständigkeit der Hauptversammlung begründet, so hat diese in vollem Umfange und in gleicher Weise wie früher nach § 260 HGB das Recht der Feststellung des Jahresabschlusses, d. h. die Hauptversammlung ist nicht durch den Vorschlag des Vorstandes und auch nicht durch eine zwischen Vorstand und Aufsichtsrat getroffene Vereinbarung gebunden. Sie hat, wie Zimmermann[81]) sagt, das volle Entscheidungsrecht über den Jahresabschluß mit der Möglichkeit, von sich aus einen neuen Jahresabschluß aufzustellen.

In besonders geregelten Fällen, die das Gesetz ausdrücklich aufzählt, ist es bei der ausschließlichen Zuständigkeit der Hauptversammlung zur Feststellung des Jahresabschlusses verblieben, nämlich:

1. für Jahreabschlüsse, in denen eine noch nicht wirksam gewordene Kapitalherabsetzung oder eine zugleich mit ihr vorgenommene Kapitalerhöhung rückwirkend als vollzogen berücksichtigt werden (§§ 188—191 AG).
2. für Jahresabschlüsse während der Abwicklung (§ 211 II AG).
3. für die Jahresabschlüsse bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 228 AG).

§ 12.

Die besondere Pflicht des Vorstandes bei Verlusten.

Das Aktienrecht als das Recht einer Kapitalgesellschaft muß zum Schutze der Gläubiger Vorkehrungen treffen, wenn bei größeren Verlusten durch Schwund des Aktienkapitals die Gläubiger und die Gesellschaft selbst gefährdet werden. Aus diesem Grunde sah das HGB in § 240 und sieht das Aktienrecht in § 83 bei einem Verlust,

81) Zimmermann, Wirtschaftstreuhänder, 37/134.

der die Hälfte des Grundkapitals übersteigt, bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zur Sicherung der Aktionäre für den Vorstand bestimmte Meldepflichten vor. Ergibt sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder der Zwischenbilanz, daß ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht, so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung zu berufen und dieser davon Anzeige zu machen. Ebenso hat der Vorstand nach altem wie auch nach neuem Aktienrecht bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Pflicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen. Das alte HGB hatte die Konkursanmeldepflicht nicht von der bei der Aufstellung der Jahres- oder Zwischenbilanz entdeckten Zahlungsunfähigkeit abhängig gemacht. Das war deshalb nicht nötig, weil die Zahlungsunfähigkeit den Vorstandsmitgliedern im Augenblick ihres Eintrittes bewußt wurde. Wohl aber hatte das HGB die Konkursanmeldepflicht wegen Verschulden davon abhängig gemacht, daß letztere sich bei Aufstellung der Jahres- oder Zwischenbilanz herausstellte. Die Pflichten des Vorstandes bei Gefährdung der Gläubiger durch Schwund des Grundkapitals waren mit Ausnahme der Zahlungsunfähigkeit davon abhängig gemacht, daß der Schwund des Grundkapitals bei der Aufstellung der Jahres- oder Zwischenbilanz erkennbar wurde. Diese gesetzliche Regelung wurde manchmal zum Nachteil der Gläubiger mißbraucht, indem der Vorstand entweder überhaupt keine Zwischenbilanz aufstellte oder die Errichtung der Jahresbilanz verzögerte. Diesem Mißbrauch tritt der § 83 AG entgegen; denn die Meldepflicht, die dem Vorstand gegenüber der Aktiengesellschaft obliegt, ist nicht nur dann begründet, wenn der entsprechende Verlust am Grundkapital sich bei der Aufstellung einer Jahres- oder Zwischenbilanz ergibt, sondern bereits dann, wenn nach pflichtgemäßem Ermessen dem Vorstand offenkundig wird, daß ein Verlust in der obengenannten Art eingetreten ist. Der Vorstand hat also ständig darüber zu wachen, ob und inwieweit sich ein derartiger Verlust herausgebildet hat. Im Zweifelfalle wird er eine Zwischenbilanz aufzustellen haben und muß bei Eintritt des Verlustes die Einberufung der Hauptversammlung und dessen Meldung dieser gegenüber durchführen. Unter Verlust im Sinne dieser Vorschrift ist der Bilanzverlust zu verstehen. Es ist also nicht erforderlich, daß die Gesellschaft überschuldet oder daß sie zahlungsunfähig ist.

Ähnlich verhält es sich mit der Konkursanmeldepflicht. Während früher eine Überschuldung nur dann zur Konkursanmeldung verpflichtete, wenn diese bei Aufstellung der Jahres- oder Zwischenbilanz sich ergab, so zwingt heute die Überschuldung schon dann zur Konkursanmeldung, wenn deren Tatsache feststeht, ohne daß sie bilanzmäßig bewiesen sein müßte.

Wie eingangs gesagt worden ist, sind diese Meldepflichten aus Gründen der Sicherheit der Gläubiger straffer als im alten HGB gestaltet. Dies erwies sich deshalb als notwendig, weil der Vorstand infolge seiner größeren Macht und der geringeren Einflußmöglichkeit der Hauptversammlung sich leichter verleiten lassen könnte, durch Verzögerung der Meldepflichten die Aktionäre zu schädigen.

III. Kapitel:

Der Aufsichtsrat.

§ 13.

Die Bestellung und Beendigung des Aufsichtsrats und der Aufsichtsratsmitglieder.

Das HGB wie das Aktiengesetz unterscheidet den sogenannten ersten Aufsichtsrat, d. h. den im Gründerstadium bestellten, und die späteren Aufsichtsräte. Sowohl nach Aktiengesetz wie nach HGB wird der erste Aufsichtsrat im Falle der Simultangründung von den Gründern bestellt (§ 190 I HGB; § 23 I AG), im Falle der Stufengründung dagegen von der General- bzw. Hauptversammlung (§ 190 II HGB, § 30 IV AG). Die Berufung der späteren Aufsichtsräte ist der General- bzw. Hauptversammlung überlassen (§ 243 I HGB; § 87 I 1 AG).

Eine völlige Neuerung sieht aber das Gesetz in § 89 AG bei der Bestellung durch das Gericht vor. Abweichend von der sonstigen Berufung ist das Amtsgericht des Sitzes der Gesellschaft (§ 145 FGG; § 26 EG.AG; § 14 AG) befugt, auf Antrag des Vorstandes, eines Aufsichtsratsmitgliedes oder Aktionäres die zur Beschlußfähigkeit erforderliche Anzahl von Mitgliedern zu bestellen, sofern der Zustand der Beschlußunfähigkeit mindestens drei Monate gedauert hat. Diese Vorschrift ist eingeführt worden, um die Beschlußfähigkeit

des ufsichtsrates icherzustellen; denn e genügst nicht, daß einzelne Aufsichtsratsmitglieder vorhanden sind. Der Aufsichtsrat muß auch in der durch esetz oder durch Satzung vorgesehenen Anzahl tätig werden können. Bei dieser Bestellung bleibt fraglich, ob die durch das Amtsgericht bestellten Aufsichtsratsmitglieder die gleiche Stellung einehmen, wie die durch die Hauptversammlung ordnungsgemäß gewählten. Ritter und Schlegelberger nehmen dies in ihren Kommentaren zum Aktienrecht an. Ritter sagt hier zu § 86 in Verb. mit § 76 AG wörtlich: „Nimmt er (der Gewählte) an, so nimmt er der Gesellschaft gegenüber den in der Satzung begründeten, durch die Bestellung persönlich bestimmten und durch die Bekanntmachung der Verfügung übermittelten Antrag auf Schließung des Bestellungsvertrages an." Man darf also diesen Bestellungsakt nicht so deuten, daß die Aktiengesellschaft durch den Spruch des Gerichtes rechtskräftig verurteilt sei[82]). Man wird den Bestellungsakt vielmehr so aufzufassen haben, als ob in dem Gesellschaftsvertrag bestimmt sei, ein unbeteiligter Dritter solle die Aufsichtsratsmitglieder ernennen, falls sich die Beteiligten nicht einigen können, oder als ob eine Handelskammer durch Schiedsvertrag berufen sei, den Obmann zu benennen, oder als ob das Gericht nach den §§ 1029, 1031 ZPO den Schiedsrichter ernenne. Demzufolge wird man hier anzunehmen haben, daß die durch das Amtsgericht bestellten Aufsichtsratsmitglieder die gleiche rechtliche Stellung einnehmen wie die von der Hauptversammlung gewählten.

Im Innenverhältnis handelt es sich bei der gerichtlichen Ernennung, wenn ein Dritter bestellt wird, um ein Auftrags- oder Dienstverhältnis. (LZ 13/212.) Wird ein Gesellschafter bestellt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieser eben dieselbe Stellung einnimmt, wie ein durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß berufener Gesellschafter.

Der Vorstand kann, um auf alle Fälle eine Ersatzbestellung zu gewährleisten, nach § 303 I AG durch Ordnungsstrafen dazu angehalten werden, den Antrag auf Bestellung einzureichen. Ebenso machen sich der Vorstand und, sofern vorhanden, die übrigen Aufsichtsratsmitglieder strafbar, wenn sie es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen, den Mißtand zu beseitigen. Die Abberufung der bestell-

82) Düringer-Hachenburg § 146 HGB Anm. 20.

ten Mitglieder erfolgt von Amts wegen, wenn die Voraussetzungen, die zur Bestellung geführt hatten, weggefallen sind, da es sich hierbei nur um eine Übergangsmaßnahme handelt.

Bei einem derartig ergänzten Aufsichtsrat ist zu fragen, ob nach der Bestellung durch das Gericht eine Zuwahl durch die Hauptversammlung zulässig ist, da dann der Aufsichtsrat in der vorgeschriebenen Anzahl besteht und auch beschlußfähig ist. Weil aber die gerichtliche Bestellung nur als Übergangsmaßnahme gedacht ist, wie aus der Vorschrift über die Abberufung gemäß § 89 II AG hervorgeht, muß die Möglichkeit einer Zuwahl aus diesem Grunde bejaht werden. Ob die Voraussetzungen für die Ersatzbestellung weggefallen sind, darüber hat sich das Gericht gemäß § 12 FGG von Amts wegen zu entscheiden.

Bis zum Erlaß des neuen Aktiengesetzes war es grundsätzlich unstatthaft, durch die Satzung bestimmten Aktionären oder Inhabern bestimmter Aktien das Recht einzuräumen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Dies ist durch die Einführung des neuen § 88 AG unter gewissen Voraussetzungen gestattet worden. Bisher half man sich über dieses Verbot einmal dadurch hinweg, daß die einzelnen Aktionäre vertragliche Abmachungen untereinander trafen, die, liefen sie nicht dem § 138 BGB zuwider, als gültig angesehen wurden. Zum andern kam es aber auch öfters in der Praxis vor, daß ein Aktionär, der durch eine Person seines Vertrauens im Aufsichtsrat vertreten sein sollte, Vereinbarungen mit der Gesellschaft traf, deren Gültigkeit sehr bestritten war. Sogenannte Stimmrechtsbindungsverträge wurden von der Rechtsprechung weitestgehend zugelassen[83]), da sie keine unlauteren Zwecke verfolgten. Dagegen wurden aber ebenso oft Vereinbarungen mit der Gesellschaft für ungültig erklärt, weil sie die Wahlfreiheit der Hauptversammlung beeinträchtigten. Eine einheitliche Rechtsprechung gab es nicht.

Dieser ganzen Rechtsunsicherheit macht jetzt der § 88 AG ein Ende, indem er Satzungsbestimmungen zuläßt, in denen einzelne oder mehrere Aktionäre befugt sein sollen, Personen ihrer Wahl in den Aufsichtsrat zu entsenden, nicht etwa bloß der Hauptversammlung zur Wahl vorzuschlagen[84]). Diese Regelung hat der Gesetzgeber deshalb gewählt, weil ein praktisches Bedürfnis für eine derartige

83) RG 152/273; 133/90.
84) Teichmann § 88 Anm. 1.

Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat tatsächlich vorhanden war. Dem mußte Rechnung getragen werden. Insbesondere bei gemischt- oder gemeinwirtschaftlichen Betrieben, ferner bei Aktionären, die auf Grund besonderer Beziehungen zu der Aktiengesellschaft ein erhebliches Interesse an der Geschäftsführung haben, wurde schon seit langem der Wunsch gehegt, eine Vertrauensperson als Mitglied des Aufsichtsrates zu besitzen. Allerdings sind zum Schutz der anderen Aktionäre weitgehende Einschränkungen vorgesehen.

Einmal ist das dieser Personengruppe nur höchst persönlich zustehende Entsendungsrecht entweder an die Person des Aktionärs geknüpft, die dann in der Satzung genau bezeichnet sein muß, oder aber an den jeweiligen Inhaber bestimmter Aktien, die auf den Namen lauten und deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist.

Der § 88 II AG ist deshalb vom Gesetzgeber geschaffen worden, um zu verhindern, daß unbekannte und unerwünschte Aktionäre in den Aufsichtsrat gelangen oder durch Spekulationen mit Aktien eventuell die Gesellschaft schädigen. Zum Schutz der übrigen Aktionäre und zur Erhaltung des Charakters des Aufsichtsrats als ein von dem Vertrauen der gesamten Aktionäre getragenes Organ war eine zahlenmäßige Beschränkung der entsandten Mitglieder den dritten Teil aller Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen darf. Die von den Aktionären bzw. der Minderheitengruppe entsandten Mitglieder unterliegen der Bestimmung derjenigen Aktionäre, die sie entsandt haben. Den entsendenden Aktionären steht das Abberufungsrecht dieser entsandten Aufsichtsratsmmitglieder zu (§ 88 IV 1 AG) und zwar auch ohne besonderen Grund, wie das Wort „jederzeit" sagt. Auch die Hauptversammlung kann, wenn die Voraussetzungen der Entsendung weggefallen sind, gemäß § 88 V AG das Mitglied abberufen. Schließlich steht noch dem Amtsgericht nach Abs. 4 S. 2 auf Antrag einer Minderheit von 10% das Abberufungsrecht zu, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Die Zuständigkeit ergibt sich aus § 145 FGG und § 29 Nr. 3 EGAG.

Das alte Aktienrecht kannte, abgesehen von der zahlenmäßigen Beschränkung in § 243 I HGB nur eine Vorschrift über die Wählbarkeit des Aufsichtsrats. Es war hiernach unzulässig, daß Aufsichtsratsmitglieder gugleich Mitglieder des Vorstandes oder dauernde Stellvertreter von Vorstandsmitgliedern waren, und ebenso war es

verboten, daß Beamte, die die Geschäfte der Gesellschaft führen, zu Aufsichtsratsmitgliedern bestellt wurden (§ 248 HGB). Der Gedanke, dem dieses Verbot entsprang, bestand darin, daß die Möglichkeit einer Kollision zwischen der Geschäftsführung und der Beaufsichtigung der Geschäftsführung besteht, falls die genannten Ämter in einer Hand vereint sind. Das Aktiengesetz stellt diese Unzulässigkeitsvoraussetzungen in gleicher zwingender Form wie das HGB auf (§ 90 I AG). Der Wille des Gesetzgebers ist es, eine scharfe Trennung zwischen den beiden Verwaltungsträgern zu gewinnen.

Aus dem Gedanken der Kollision ergab sich die Notwendigkeit, eine Regelung für den Fall zu treffen, daß vorübergehend Aufsichtsratsmitglieder zu Vertretern von Vorstandsmitgliedern bestellt oder bisherige Vorstandsmitglieder zu Aufsichtsräten gemacht werden. Nach § 248 II HGB war es möglich, daß für einen im voraus begrenzten Zeitraum der Aufsichtsrat einzelne seiner Mitglieder zu Stellvertretern von behinderten Mitgliedern des Vorstandes bestellte. Während dieses Zeitraumes und darüber hinaus bis zur Entlastung des Vertreters hatte dieser jegliche Aufsichtsratstätigkeit zu unterlassen. Sollten bisherige Vorstandsmitglieder zu Aufsichtsräten bestellt werden, so konnte das nur dann geschehen, wenn diesen bisherigen Vorstandsmitgliedern für ihre Geschäftsführung Entlastung erteilt worden war. Das neue Aktienrecht hat für diese beiden letzten Punkte eine Erleichterung gebracht; denn die Behinderung eines Aufsichtsratsmitgliedes als Stellvertreter eines Vorstandsmitgliedes erstreckt sich nur noch auf die bestimmte Zeit, für die es zum Stellvertreter ernannt wird, also nicht mehr auf die Zeit des Erlöschens der Stellvertretung bis zur Entlastung. Die Vorschrift des § 248 III HGB, nach der Vorstandsmitglieder erst nach ihrer Entlastung in den Aufsichtsrat berufen werden können, hat der Gesetzgeber in das neue Aktienrecht nicht übernommen. Daraus könnte man nun folgern, Vorstandsmitglieder könnten schon vor ihrer Entlastung zu Aufsichtsratsmitgliedern gemacht werden. Die Folgerung, daß sie sofort nach ihrer Entlastung als Vorstandsmitglieder ein Aufsichtsratsamt annehmen können, ist richtig, wie allgemein anerkannt wird. Nicht aber richtig sei es, so führt wenigstens Ritter aus[85]), diese Änderung mit der Entlastung in Verbindung zu bringen; denn es

85) Ritter § 90 Anm. 3.

könnte nicht mehr entlastet werden, wie § 84 Abs. 4 AG bestimme, und wollte man die Berufung der früheren Vorstandsmitglieder von der Entlastung abhängig machen, so wäre ihre Bestellung nicht möglich, was aber nicht wünschenswert erscheine. Ritter weist ausdrücklich die Ansicht Schlegelbergers zurück, nach welcher der § 248 III HGB deshalb gestrichen worden sei, weil er eine unnötige Vorschrift darstelle. Die Aufsichtsratsmitglieder würden von der Hauptversammlung gewählt. Wähle diese ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied in den Aufsichtsrat, so spreche sie durch die Wahl ihr Vertrauen aus und es sei nicht anzunehmen, daß ihm die Entlastung für seine Vorstandstätigkeit später verweigert werde.

Während das HGB ausdrücklich bestimmte, daß kein Vorstandsmitglied zum Aufsichtsrat gehören könne, schwieg es sich darüber in ähnlicher Weise wie beim Vorstand aus, ob nur natürliche Personen oder aber auch juristische Angehörige des Aufsichtsrats sein konnten.

Bezüglich der Frage der Mitgliedschaft einer juristischen Person im Aufsichtsrat standen sich im alten Recht zwei Meinungen gegenüber, von denen die eine behauptete, eine juristische Person könne niemals Mitglied des Aufsichtsrats sein. Ihre Vertreter stützten sich insbesondere darauf[86]), daß eine juristische Person nicht den engen Zusammenhalt mit der Aktiengesellschaft haben könne, um ihrer Überwachungspflicht zu genügen. Es seien so enge Fäden des Vertrauens gesponnen, daß die Bestellung einer juristischen Person nicht im Willen des Gesetzgebers liegen könne. Die Aktiengesellschaft könne wohl durch ihre Vertreter rechtsverbindliche Handlungen vornehmen lassen, jedoch seien gerade deshalb diese Handlungen unpersönlich, weil die juristische Person eben nicht den Erfordernissen der persönlichen Pflichterfüllung entspreche, die das Gesetz von den Aufsichtsratsmitgliedern verlange[87]).

Ferner wurde als Argument angeführt, daß die Aktiengesellschaft wohl Vermögen und Schulden haben könne, daß sie aber ethisch ganz

86) OLGR (KG) 27/340; Staub § 243 Anm. 4; Lehmann § 243 Anm. 2; Brand § 243 Anm. 3 c; Ritter § 243 Anm. 4; Goldmann § 243 Anm. 2; Fischer 239; Lehmann AR II 359; Lehmann-Hoehn 355; Brodmann § 243 Anm. 2 c; was hier über den Vorstand gesagt ist, gilt nach deren verweisenden Angaben auch für den Aufsichtsrat. Brodmann § 231 Anm. 4; § 295 Anm. 3; JW 30/1410; Fischer AR 213; v. Gierke § 44; Karger ZBHR 33/254; Koenige HGB § 231 Anm. 4; ZHR 22/335; RG 22/340, 27/341, 33/388.

87) Kahn a. a. O. S. 68, 69.

indifferent sei[88]); denn gerade bei der Überwachungspflicht des Aufsichtsratsmitgliedes komme es in hohem Maße auf das Ethische in der Person an und das fehle der juristischen Person völlig[89]).

Ebenfalls könne es keinesfalls mit den Aufgaben des Aufsichtsratsmitgliedes verbunden werden, daß dieses sich ganz allgemein und immer durch Bevollmächtigte vertreten lasse, ganz abgesehen davon, daß durch eine doppelte Wahl einmal des Vorstandes der juristischen Person als eigener Persönlichkeit und dann als Vertreter der juristischen Person die gesetzliche Mindestzahl der Aufsichtsratsmitglieder u. U. illusorisch gemacht werden könne. Auch Stier-Somlo[90]) führt an, das Aufsichtsratsmitglied müsse unmittelbar und persönlich handeln. Eine juristische Person sei aber hierzu nicht in der Lage, sondern sie bedürfe der Vertretung; denn eine so weite Erstreckung der Organtheorie würde einen zu großen Eingriff in das Aktienrecht bedeuten[91]). Eine weitere stichhaltige Begründung für diese Ansicht gibt von Völderndorff[92]): er führt aus: „Der Natur der Sache gemäß aber ist die Wahl auf physische Personen beschränkt, denn gerade weil die Aktiengesellschaft als ein nicht physisches Rechtssubjekt nicht handeln kann, muß sie ihre Gesellschaftsorgane haben und man kann also diesen Mangel an Handlungsunfähigkeit nicht wieder durch Aufstellung eines selbst handlungsunfähigen Stellvertreters verbessern."

In dem Bericht der Reichstagskommission von 1884 z. B. findet sich folgender Satz: „Beantragt war, weil gegenwärtig an einzelnen Orten nicht bloß Personen sondern auch Firmen zu Mitgliedern des Aufsichtsrates bestellt wurden, ausdrücklich auszusprechen, daß nur physische Personen Mitglieder des Aufichtsrates sein könnten. Dieser Antrag wurde zurückgezogen, nachdem seitens der Regierungskommissare und der Kommission einstimmig erklärt worden war, daß der Inhalt dieses Antrages und die Zulassung von Firmen selbstverständlich und schon nach dem gegenwärtigen Recht unstatthaft sei." Es sollte insbesondere nach diesem grundlegenden Satz der Regierungskommission doch kein Zweifel auftauchen können, daß zum Aufsichtsrat nur physische Personen zu wählen seien.

88) Brodmann § 243 Anm. 2 c.
89) Vgl. Fürst, in LZ 1908/365; Dietrich a. a. O. S. 15 ff.
90) a. a. O. S. 23.
91) Ähnlich Küntzel a. a. O. S. 14.
92) a. a. O. Buch II Tit. III S. 680/81.

Dennoch erhob sich bezüglich dieser Frage ein Streit. Die Anhänger der gegenteiligen Meinung[93]) stützten sich vor allem auf einen Artikel in der Leipziger Zeitschrift für Handel-, Konkurs- und Versicherungsrecht von 1908 von qustizrat Dr. Hermann Simon-Berlin. Dieser versucht in längeren Ausführungen, die gegenteilige Ansicht zu widerlegen. Am Schlusse seiner Abhandlung führt er an: „Erwägt man, daß nicht nur keine einzige Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder von juristischen Personen nicht übernommen werden kann, ja daß sogar Persönlichkeitsrechte in weitem Umfang von ihnen übernommen werden können, daß grundsätzlich selbst der Übernahme einer Vormundschaft durch juristische Personen nichts im Wege steht, so ist nicht abzusehen, weshalb Aktiengesellschaften und andere Gesellschaften, welche die Rechte einer juristischen Person haben, passive Wahlfähigkeit für den Aufsichtsrat nicht zustehen solle." Diese Ansicht wurde später als abwegig angesehen. Es ist im übrigen auch kein Fall bekannt, in dem wirklich die Wahl einer juristischen Person zum Aufsichtsratsmitglied erfolgt ist.

Im neuen Recht ist nunmehr diesem Streit ein Ende bereitet, indem die herrschende Meinung in § 86 II 1 AG zum Gesetz erhoben wurde. In der Begründung von 1937 heißt es: „Da die Tätigkeit eines Vorstandsmitgliedes eine persönliche Tätigkeit voraussetzt." Was für das Vorstandsmitglied gilt, ist entsprechend auch auf den Aufsichtsrat anzuwenden. Mit dieser gesetzlichen Regelung des § 86 AG soll jedoch gewiß nicht die grundsätzliche Frage beantwortet sein, ob und inwieweit juristische Personen ohne ausdrückliche Vorschrift unmittelbare Vertreter sein können. Lediglich dem alten Streit sollte ein Ende bereitet werden und die schon bisher herrschende Lehre festgelegt sein.

Während das neue Aktienrecht ausdrücklich die Mitgliedschaft einer juristischen Person zum Vorstand ausschließt, hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Personalgesellschaften (OHG, KG, Gesellschaft des BGB) keine Regelung getroffen. Anderer Ansicht müssen natürlich diejenigen sein, die der OGH und KG den Charakter einer juristischen Person zusprechen[94]).

93) Hoeniger JW 25/2339; Ludewig JW 26/1792; Molitor, Festgabe Ehrenberg S. 54; Sauerbeck DJZ 25/1117; Schwabe B.-A. 26/230.

94) Stein-Jonas ZPO 1938 § 50 Abs. 2 S. 2 und 5; ZPR 74/456; Kohler Ziv.Arch. 91/204, Arch.bürg.R. 4c/229 ff; Hellwig a. a. O. § 37.

Bei der Behandlung dieser Frage soll so vorgegangen werden, daß das Für und Wider nach dem alten Recht beurteilt wird, um anschließend durch Auslegung des § 86 AG zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen.

Goldschmit[95]) geht von dem Wesen der OHG aus. Sie sei zwar keine juristische Person, aber nach außen hin werde sie in gewisser Beziehung so behandelt. Die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit als Träger der Rechte und Pflichten könne wegen der personenrechtlichen Verbundenheit der Mitglieder zum Aufsichtsrat bestellt werden. Schwierigkeiten, die sich aus der Vertretungsmacht der OHG ergeben, müßten dadurch gelöst werden, daß von den mehreren zur Vertretung befugten Gesellschaften einer zur Wahrnehmung des Amtes eines Aufsichtsratsmitgliedes bestimmt werde. Gleiches gelte entsprechend § 161 HGB für die KG.

Die Auffassung Goldschmits hat in der Literatur und Rechtsprechung weitestgehende Ablehnung gefunden[96]). Ausgehend von der rechtlichen Natur der OHG und von dem Grundsatz, daß Subjekt der der Gesellschaftsfirma zustehenden Rechte und Pflichten die Gesellschafter selbst seien, zieht Simon[97]) die Schlußfolgerung, die Wahl der Firma einer aus zwei Personen bestehenden OHG habe die Folge, daß hierdurch zwei physische Personen gewählt würden, von denen jeweilig als Aufsichtsratsmitglied nur eine tätig sein könne. Hierzu bedürfe es aber einer besonderen Gesetzesvorschrift. Soweit die vertretungsberechtigten Gesellschafter die Vertretungsmacht für diesen Fall besonders vereinbaren, ist die Behauptung Simons richtig. Ebenso richtig erscheint aber deshalb auch die von Simon vertretene Ansicht, die früher als herrschend galt, daß Gesellschafter einer OHG nicht in ihrer Eigenschaft als Teilhaber der Firma Mitglieder des Aufsichtsrates sein können; denn Goldschmit versucht ja seine Auffassung dadurch zu rechtfertigen, daß er sagt, die OHG sei eine der juristischen Person stark angenäherte Gesellschaft. Aber gerade diese Begründung läßt die Ansicht Goldschmits nach dem neuen Aktienrecht als unhaltbar erscheinen; denn nunmehr ist juristischen Personen die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat vorenthalten. Zu diesem Er-

95) a. a. O. S. 57 ff.
96) Brand § 243 Anm. 3 a; Brodmann § 243 Anm. 2 c; Entsch. d. Appellationsgerichtshofs Köln v. 4. 11. 1873; GZ XXII/337.
97) a. a. O. S. 57.

gebnis kommt auch Schlegelberger[98]) in entsprechender Anwendung des in § 86 II AG niedergelegten Grundsatzes. Was aber für die handelsrechtlichen Gesellschaften gilt, muß erst recht für die bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften Geltung besitzen. Dies war auch bereits im alten Aktienrecht unbestritten[99]).

Weiterhin war schon im alten Aktienrecht unstreitig, daß ein Geschäftsunfähiger nicht Aufsichtsratsmitglied sein konnte. Auch für das neue Recht ist dies als feststehend anzusehen, obwohl dieser Punkt keine gesetzliche Regelung erfahren hat.

Wenn im folgenden die persönlichen Voraussetzungen, die bei den Aufsichtsratsmitgliedern vorliegen müssen, untersucht werden, so ist festzustellen, daß ähnlich wie da alte auch das neue Aktienrecht in gleicher Weise wie beim Vorstand keine Stellung zu der Frage nimmt, ob ein Geschäftsbeschränkter Aufsichtsratsmitglied sein kann. Im Schrifttum zum alten Aktienrecht begegnen uns zwei Ansichten. Holbein und ihm folgend insbesondere Zimmer, Küntzel und v. Ring[100]) lehnen den Geschäftsbeschränkten als Aufsichtsratsmitglied insbesondere deshalb ab, weil das Amt eines solchen eine vollkommen freie Dipositionsbefugnis voraussetze und weil die gesetzliche Haftung eines Aufsichtsratsmitgliedes beeinträchtigt werde. Im Gegensatz dazu bejahen Staub, Goldmann, Bauer und Brand[101]) insbesondere unter Berufung auf den § 165 BGB die Zulässigkeit einer derartigen Bestellung[102]).

Zu dieser Frage hat für das neue Aktienrecht Schlegelberger[103]) Stellung genommen. Er verlangt, ein Aufsichtsratsmitglied müsse voll geschäftsfähig sein. Er kommt also zur Ablehnung der Ansicht, die den Geschäftsbeschränkten zum Aufsichtsratsamt zuläßt. Der von dieser Lehre bisher angeführte § 165 BGB spreche nicht dafür, daß der beschränkt Geschäftsfähige Mitglied des Aufsichtsrats sein könne. § 165 BGB nehme nur zu der Frage Stellung, ob ein in der Geschäfts-

98) a.a. O. § 86 Anm. 9.
99) Goldschmit, AR S. 58.
100) Holdheim 95/8 hinsichtlich des Vorstandes; Pinner a. a. O. 164 IV; Küntzel a. a. O. S. 14; v. Ring a. a. O. S. 494.
101) Staub § 243 Anm 4; Goldmann a. a O. 966/11; Bauer S. 30.
102) Natürlich bedarf es für den der Bestellung zugrunde liegenden Dienstvertrag oder Auftrag der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und, soweit es sich um einen Vormund handelt, des weiteren der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§§ 107, 108, 1822 Ziff. BGB).
103) a. a. O. § 86 Anm. 10.

fähigkeit Beschränkter Vertreter sein könne. Aber bei der Tätigkeit des Aufsichtsrates handele es sich in der Regel nicht um Vertretertätigkeit, weder für die Gesellschaft noch für die Aktionäre, vielmehr um Rechte und Pflichten, die nur ein voll Geschäftsfähiger vornehmen könne. Da Schlegelberger selbst empfindet, daß er mit diesem Satz allein seine Auffassung nicht wirksam verteidigen kann, fügt er die weitere Behauptung an, „es heiße den Aufsichtsrat jeglicher Bedeutung entkleiden, wenn man ernstlich die Ansicht vertreten wolle, daß ein Achtzehnjähriger die Aufgaben eines Aufsichtsratsmitgliedes erfüllen könne". Die Schwere der Aufgabe ist es also, die Schlegelberger veranlaßt, einem Achtzehnjährigen die Stellung eines Aufsichtsratsmitgliedes zu verweigern. Schlegelberger muß aber doch zugeben, daß der für volljährig erklärte Achtzehnjährige Aufsichtsrat sein kann. Weiter wird Schlegelberger zugeben müssen, daß es einerseits volljährige Menschen gibt, die weniger in der Lage sind den Pflichtenkreis eines Aufsichtsratsmitgliedes zu erfüllen als mancher Achtzehnjährige. Es dürfte deshalb der Meinung von Schlegelberger nicht beizutreten sein. Aus dem Schweigen des Gesetzes unter Verwendung des entsprechenden Gedankens, der in § 165 BGB niedergelegt ist, wird vielmehr der nach dem alten Aktienrecht geltenden Meinung der Vorzug gegeben werden müssen[104]).

Durch eine Häufung der Aufsichtsratsämter in einer Hand, insbesondere während der Zeit der wirtschaftlichen Scheinblüte von 1925 an, war es dazu gekommen, daß das Amt des Aufsichtsrates die Bedeutung des Aufsichtsführens verlor. Dem einzelnen Menschen, der in 30 oder 40 Aufsichtsräten saß, war es unmöglich, die Geschäftsführung des Vorstandes zu beaufichtigen. Deshalb wurde schon durch die Novelle vom Aktienrecht von 1931 bestimmt, daß kein Aufsichtsratsmitglied mehr als 20 Aufsichtsräten — sei es einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien — angehören könne. Da durch diese zahlenmäßige Beschränkung noch nicht gewährleistet war, daß das Aufsichtsratsamt wirklich ein Aufsichtsamt war, hat das neue Aktiengesetz die Zahl der zulässigen Aufsichtsratsämter auf 10 herabgesetzt (§ 86 AG). In der Einzelausgestaltung hat diese zahlenmäßige Beschränkung rechtlich eine andere Fassung erhalten. Nach dem Wortlaut der Novelle von 1931 konnte

104) So auch Staub § 243 Anm. 4; Brand Anm. 3 a; Brodmann § 243; dagegen v. Ring § 243 Anm. 2; Isai, Berggesetz § 117.

derjenige, der bereits in 20 Aktiengesellschaften Aufsichtsratsmitglied war, nicht „gewählt" werden. Nach der Neufassung des § 86 II AG ist eine Wahl wohl möglich, aber die Annahme eines 11. oder weiteren Aufsichtsratsamtes nichtig. Es ist also nach neuem Recht so, daß das gewählte Aufsichtsratsmitglied ich zu entscheiden hat, ob es andere Aufsichtsratsämter niederlegen will, um das neu angebotene aufzunehmen[105]). Die durch die Novelle von 1931 entstandene Streitfrage, ob für die 10 Aufsichtsratssitze nur inländische oder auch ausländische Aktiengesellschaften maßgebend sind, ist bestehen geblieben. Wenn man von der ratio des Gesetzes ausgeht, wird man unter dem Wort „Aktiengesellschaften" des § 86 AG auch ausländische Aktiengesellschaften verstehen; denn diese Unternehmungsform ist keine Einrichtung, die nur in Deutschland bekannt ist. Sie ist vielmehr auf der ganzen Welt verbreitet, wenn auch oft unter anderen Organisationen. Der Zweck der Vorschrift ist, auf diese Weise eine sachlichere und bessere Erfüllung der Aufgaben des Aufsichtsratsmitgliedes der Gesellschaft gegenüber zu gewährleisten und logisch weitergeführt, müßten ja auch ausländische Aktiengesellschaften darunter fallen. Jedoch hat die herrschende Lehre[106]) mit Rücksicht auf die rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten sich zu dem Standpunkt bekant, daß nur inländische Aktiengesellschaften maßgebend seien. Denn einmal ist die Feststellung schwierig, ob es sich bei der ausländischen Aktiengesellschaft um eine der deutschen gleiche Gesellschaft handelt. Zum anderen ist sehr oft die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder bei ausländischen Aktiengesellschaften schwer zu ermitteln. Aus diesen Gründen wird man mit der bisherigen herrschenden Lehre auch für das neue Aktienrecht die Beschränkung nur bezüglich der inländischen Aktiengesellschaften anwenden. Ausnahmen von der Bestimmung des § 86 II 1 AG können nach der Vorschrift des Abs. 2 S. 2 zugelassen werden, wenn die dort aufgezählten Voraussetzungen vorliegen und ein Interesse an der Lockerung der Bestimmung besteht.

Neben den wenigen persönlichen Eigenschaften, die kraft Gesetzesbestimmung vom Aufsichtsratsmitglied verlangt werden, steht es

105) Schlegelberger § 86 Anm. 14; Ritter Anm. 6.

106) Schmölder JW 31/2928; Lehmann-Hirsch Anm. 10; Neufeld Anm. 6; Staub-Pinner a. a. O. Anh. zu § 243 Anm. 19; Horrwitz a. a. O. S. 244 Anm. 13. — Dagegen Goldschmit AR Anm. 16.

der Satzung frei, weitere Einschränkungen hinzutreten zu lassen. Natürlich dürfen diese ins Ermessen der Aktiengesellschaft gestellten Erfordernisse nicht den vom Gesetzgeber aufgestellten Richtlinien zuwider laufen.

Bei der Behandlung der Frage der Beendigung des Aufsichtsrates ist zunächst zwischen den ersten, d. h. dem von den Gründern bestellten Aufsichtsrat, und andererseits den folgenden durch die Hauptversammlung bestellten Aufsichtsräten zu unterscheiden. In § 87 III AG ist bestimmt, zu welchem Zeitpunkt der bei der Gründung aufgestellte, der sogenannte erste Aufsichtsrat sein Ende findet. Die Bestellung dieses ersten Aufsichtrates gilt bis zur Beendigung der ersten Hauptversammlung, die nach Ablauf eines Jahres seit Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Entlastung tattfindet. Die ratio des Gesetzes stellt es darauf ab, daß der erste Aufsichtsrat, der unter Umständen unter dem Einfluß der Gründer steht, nicht zu lange im Amte bleiben soll[107]). So bestimmt schon das ADHGB im Art. 191, daß der erste Aufsichtsrat nur bis zum Schluß des ersten Geschäftsjahres im Amte bleibt. Diese Bestimmung hatte aber den Mißstand zur Folge, daß die Aufsichtsratsmitglieder zu einem Zeitpunkt ausscheiden mußten, an dem die Möglichkeit einer Neuwahl oft nicht bestand. Deshalb wurde in den § 243 II HGB die neue Bestimmung aufgenommen, daß der Aufsichtsrat bis zu dem Zeitpunkt als gewählt gilt, an dem die erste Generalversammlung nach Ablauf des ersten Jahres seit Eintragung in das Handelsregister zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz abgehalten wird.

Nach § 243 HGB war diejenige Generalversammlung maßgebend, welche zur Beschlußfassung über die Jahresbilanz des ersten Geschäftsjahres abgehalten wird. Die heutige Fassung stellt es auf die Hauptversammlung ab, die zur Beschlußfassung über die Entlastung stattfindet. Bei dem § 243 HGB war bestritten, ob zur Beendigung des Aufsichtsrates jede Generalversammlung nach Ablauf eines Jahres genüge, oder ob sie zur Beschlußfassung abgehalten werden müsse. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 3. Juni 1930[108]) gegen die herrschende Lehre[109]) sich der ersten Meinung angeschlos-

107) Vgl. RG 24/57.
108) RG 129/180.
109) Staub § 243 Anm. 5 a; Brodmann Anm. 5; Brand Anm. 4 A c; Makower

sen, die jede Generalversammlung genügen läßt in der Annahme, der Gesetzgeber habe die Dauer des ersten Aufsichtsrates nur bis zu dem Zeitpunkt gewollt, zu dem ohnehin der Wahlkörper für den Aufsichtsrat zusammentritt. Diese Entscheidung steht aber in Widerspruch zum Gesetzeswortlaut und wurde von Flechtheim widerlegt[110]). Auch im neuen Aktiengesetz spricht der Gesetzgeber wieder von „Beschlußfassung". Man wird sich der klaren Wortfassung mit der bisher herrschenden Lehre anschließen müssen, wenn man zu der Auffassung gelangen will, daß nicht jede beliebige Hauptversammlung das Ende des Aufsichtsrates herbeiführen kann. Sonst könnte der Fall eintreten, daß die zweite Hauptversammlung über die Entlastung des Aufsichtsrates beschließen will, dieser aber schon seit der letzten Hauptversammlung nicht mehr im Amte ist. So etwas kann aber nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen. Man wird daher mit Schlegelberger[111]) annehmen können, daß der Gesetzgeber nicht die Worte „zur Beschlußfassung" aus dem alten HGB in das neue Aktienrecht übernommen hätte[112]), wollte er jede Hauptversammlung genügen lassen.

Bei der unklaren Fassung des Gesetzestextes von § 243 HGB und § 87 AG ist nicht ohne weiteres ersichtlich, ob zur Beendigung des ersten Aufsichtsrates der Zusammentritt der Hauptversammlung genügt oder ob es wesentlich ist, daß sie auch wirklich einen Beschluß für die Entlastung faßt, was z. B. bei einer Vertragung nicht der Fall wäre. Die herrschende Lehre[113]) geht in dieser Streitfrage von dem Standpunkt aus, daß die Generalversammlung, die zur Beschlußfassung abgehalten wird, nicht nur stattgefunden, sondern auch den Beschluß über die Entlastung gefaßt haben müsse. Insbesondere müsse es bei einer Vertagung auf die zweite Generalversammlung ankommen, der Aufsichtsrat demgemäß solange im Amte bleiben. Dabei wird von der herrschenden Lehre allerdings richtig empfunden, daß

Anm. d. — A. A.: Lehmann-Ring § 243 Anm. 5 a: Die Wahl des ersten Aufsichtsrates gilt nur bis zur Beendigung der ersten ordentlichen Generalversammlung, die nach Ablauf eines Jahres seit Eintragung der Gesellschaft stattfindet.

110) JW 30/2665.

111) § 87 Anm. 35.

112) Gleicher Meinung: Teichmann a. a. O. § 87 Anm. 2; Ritter Anm. 2 e; Godin-Wilhelm Anm. 3.

113) Brodmann § 243 Anm. 5; Goldschmit AR S. 88, AG Anm. 19; Brand Anm. 4 a; Ring a. a. O. S. 496; Staub § 243 Anm. 5; Horrwitz-Ullmann Art. VIII Anm. 6; Cahn a. a. O. S. 103.

der Wortlaut des Gesetzes — „abgehalten wird" — dafür spricht, daß die Abhaltung der Generalversammlung als maßgebender Zeitpunkt in Betracht komme. Jedoch meinen die Anhänger der herrschenden Lehre aus rechtspolitischen Erwägungen heraus, man habe das Gesetz so auszulegen, daß der Aufsichtsrat im Amte bleibe, weil insbesondere die Dauer des ersten Aufsichtsrates angeblich auf die Genehmigung der Bilanz abgestellt sei. Wenn das aber der Fall gewesen wäre und tatsächlich die Entlastung des Aufsichtsrates Hauptargument für die Beendigung gewesen wäre, so hätte der Gesetzgeber nicht in § 243 I und II HGB die verschiedenen Ausdrücke „Abhalten" und „Beschließen" gebraucht. Vielmehr geht er doch von dem Gesichtspunkt aus, daß die kurze Dauer des ersten Aufsichtsrates eine zwingende Vorschrift zugunsten der Gesellschafter sei, die bei Neuwahl einen Aufsichtsrat bestellen können, der voll und ganz ihren Anforderungen entspricht und nicht mehr unter dem Einfluß der Gründer steht[114]).

Für die Ablehnung der herrschenden Lehre und für die Annahme, daß jede Generalversammlung, die zur Beschlußfassung abgehalten wird, den Aufsichtsrat beendet, ganz gleich, ob darüber nun auch beschlossen wird, oder nicht, spricht ferner die Tatsache, daß das neue Aktiengesetz in § 87 I u. III wiederum den Unterschied in der Fassung gewählt hat. Man kann nun gewiß nicht mehr ernstlich behaupten wollen, der Gesetzgeber habe wieder „die Fassung unbeabsichtigt" gewählt oder er habe dem klaren Wortlaut zuwider etwas anderes gemeint. Gerade in der heutigen Zeit, in der der Gesetzgeber bestrebt ist, die Gesetze allgemeinverständlich zu formulieren, sollte man nicht wieder den Versuch machen, dem klaren Wortlaut des Gesetzes einen anderen Sinn zu unterschieben. Nichtsdestoweniger versucht Ritter[115]) die früher herrschende Lehre zu stützen, indem er anführt[116]), das Gesetz sage wohl: „Das Amt erlischt, wenn die Hauptversammlung endet", es stelle es aber darauf ab, daß die zweite Hauptversammlung, die z. B. nach Vertagung der ersten stattfindet, erst das „Ende der ersten Hauptversammlung" bilde. Zur Widerlegung braucht man aber nur wie oben zu sagen: Warum hat der Ge-

114) So auch: Lehmann-Ring § 243 Anm. 5 a; Makower Anm. II d, letzterer hält allerdings die Verschiedenheit der Fassung in Abs. I und II für unbeabsichtigt.

115) Ritter a. a. O. § 87 Anm. 4 d.

116) Scheinbar im Gegensatz zu seiner früheren Meinung, § 243 Anm. 7: Die Amtsdauer läuft mit Beendigung der Generalversammlung unabänderlich ab.

setzgeber dann die Unklarheit gelassen und nicht, einfach wie in Abs. 1 den Ausdruck „beschließt" gebraucht; denn praktisch kommt beides dann auf dasselbe heraus. Im übrigen: wie lange kann dann eine derartige Hauptversammlung dauern?

Man wird sich daher mit der für das neue Aktienrecht herrschenden Lehre[117]) auf den Standpunkt zu stellen haben, daß das Amt des ersten Aufsichtsrates mit Beendigung der ersten Hauptversammlung erlischt, welche über die Beschlußfassung stattfindet; denn Sinn und Zweck von Abs. III ist es, das Amt bis zu der Hauptversammlung fortdauern zu lassen, die eine Neuwahl vornehmen kann. Zudem läßt der Wortlaut des Gesetzes darüber keinerlei Zweifel, daß es hier auf den Zweck der Hauptversammlung und n i c h t auf den Erfolg abgestellt wird, anders wie in Abs. 1 (siehe weiter unten).

Der Aufsichtsrat endet also ohne weiteres auch wenn kein neuer bestellt wird[118]). Weil das Gesetz von „abhalten" im alten, bzw. „stattfinden" im neuen Aktiengesetz spricht, ist der bisher herrschenden Lehre beizutreten, wonach das Amt dann nicht erlischt, wenn es nicht zur Hauptversammlung kommt, weil niemand erschienen ist[119]).

Eine weitere Veränderung hat sich beim Widerruf durch die Hauptversammlung ergeben, der anders als früher beim ersten Aufsichtsrat mit einfacher Stimmenmehrheit von der Hauptversammlung beschlossen werden kann.

Im Gegensatz zu Abs. 3, der die Amtsdauer des ersten Aufsichtsrates als Gesamtheit angibt, pricht der Abst 1 von Aufsichtsratsmitgliedern. Dies ist so zu verstehen, daß dieser Absatz sich nicht auf den Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit bezieht, sondern die Wahlperiode jedes einzelnen Mitgliedes angibt. Hierdurch ist dem Streit im alten Aktienrecht ein Ende bereitet worden.

Im Gegensatz zu Abs. 3 spricht hier das Gesetz von der Hauptversammlung, die über die Entlastung beschließt. In diesem Falle läßt das Amt des Aufsichtsrates erst dann ab, wenn tatsächlich über die Entlastung b e s c h l o s s e n ist und nicht chon wie im Abs. 3, wenn die Hauptverammlung abgehalten wird.

---

117) Schlegelberger § 87 Anm. 36; Godin-Wilhelmi Anm. 7; Teichmann Anm. 2; Baumbach Anm. 3.

118) So auch schon RG 73/237.

119) Herrschende Lehre: Staub-Pinner § 243 Anm. 5; Ritter HGB Anm. 7; Aktienrecht § 87 Anm. 4 b; LG Berlin, Holdh. 06/284; A. A.: Cohn, in JW 26/482, der die Beendigung als Schutzvorschrift für die Aktionäre und somit als zwingendes öffentliches Recht ansieht.

§ 14.

Die Organisation des Aufsichtsrates.

(Zahl der Aufsichtsratsmitglieder; die Teilnahmeberechtigung an den Sitzungen des Aufsichtsrates; der Vorsitzer; die Beschlußfähigkeit und die Beschlußfassung des Aufsichtsrates.)

Eine wesentliche Neuerung für das neue Aktiengesetz bringt der § 86 AG. Während im HGB in § 243 I nur eine Mindestzahl von 3 Aufsichtsratsmitgliedern vorgeschrieben war, wurde schon durch die Verordnung des Reichspräsidenten vom 19. Sept. 1931 Art. VIII Abs. 3 eine Höchstzahl eingeführt. Die Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder durfte nicht mehr als 30 betragen. Schon damals erkannte man, daß die sogen. Mammut-Aufsichtsräte nicht gerade dem Wohl der Gesellschaft dienlich seien. Viele Aktiengesellschaften waren froh, auf diese Art ihren Aufsichtsrat wieder halbwegs aktionsfähig machen zu können[120]).

Die Tatsache, daß ein zahlenmäßig großer Aufsichtsrat zu schwerfällig ist, um wirksam überwachen zu können, war auch bei der Abfassung des § 86 AG leitend. Der Gesetzgeber hat es demzufolge für nötig gehalten, die durch die Verordnung vom 19. Sept. 1931 begonnene Reform auf demselben Wege durch eine weitere Herabsetzung der Höchstzahl zu beenden. So wird jetzt bestimmt, daß der Aufsichtsrat je nach Höhe des Grundkapitals aus 7, 12 bzw. 20 Mitgliedern besteht. Durch diese zahlenmäßige Beschränkung soll der Aufsichtsrat wesentlich gestärkt und gefestigt werden. Vorgeschlagen war, die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder zwischen 3 und 9 festzusetzen. Aus den Auswirkungen der Verordnung des Reichspräsidenten hatte man jedoch gesehen, daß diese Regelung in einzelnen Aktiengesellschaften zur Bildung von Beiräten führte, die innerhalb der Aktiengesellschaft — insbesondere auch hinsichtlich der Vergütung — die gleiche Stellung hatte wie der Aufsichtsrat selbst, wenn ihnen auch die gesetzlich festgelegte Verantwortlichkeit dieses Organes fehlte. Dies hätte zu einer Umgehung der gesetzlichen Vorschriften geführt; außerdem wäre es für die Aktiengesellschaften nachteilig gewesen. Aus diesen rein wirtschaftlichen Erwägungen hat man der Aktiengesellschaft die Konzession gemacht, die Zahl der Aufsichts-

120) Klausing a. a. O. S. 259.

ratsmitglieder dem mutmaßlichen Bedürfnis der Gesellschaft anzupassen. Man glaubt nun, durch die getroffene Festlegung der Mitgliederzahlen den richtigen Ausweg gefunden zu haben, der einmal die Bildung zu großer Aufsichtsräte verhindert, der aber andererseits — auch im Interesse der Aktionäre — unter Ausschluß der Beiräte den Aufsichtsrat als alleiniges Überwachungsorgan legitimiert.

Als Maßstab für die Ermittlung der richtigen Anzahl, die dem Bedürfnis der Gesellschaft am besten entspricht, wurde im Gegensatz zu Artikel VIII, Abs. 3, der Verordnung, die ja nur eine absolute Höchstzahl kannte, die Höhe des Grundkapitals für maßgebend erachtet. Es kann allerdings vorkommen, daß es Gesellschaften gibt, die wegen des Umfanges ihrer Geschäftsbeziehungen eines größeren Aufsichtsrates bedürfen als § 86 AG bestimmt. Um solchen Mißständen abzuhelfen, wurde erstmals in § 86 I 2 AG aufgenommen, daß der Reichswirtschaftsminister im Einvernehmen mit dem Reichsminister der Justiz und den sonst beteiligten Reichsministers Ausnahmen zulassen kann, wenn das Wohl der Gesellschaft oder die gesamtwirtschaftlichen Belange es fordern.

Bezüglich der Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder[121]) vertritt Staub die Ansicht, die stellvertretenden Aufsichtsratsmitglieder seien nicht mit in die Höchstzahl einzurechnen. Dies habe schon nach bisherigem Recht in den Fällen Geltung gehabt, in denen die Satzung eine Höchstzahl für den Aufsichtsrat festgesetzt habe. Er beruft sich hierbei auf Goldschmit[122]) und Ring-Schachian[123]), führt jedoch selbst eine Begründung für seine Ansicht nicht an. Schlegelberger und die H. L. rechnen dagegen die stellvertretenden Aufsichtsratsmitglieder in die Höchstzahl ein, weil sie wirkliche Mitglieder seien[124]). Staub muß zugeben, daß sie gleiche Rechte und Pflichten wie die tatsächlichen Aufsichtsratsmitglieder haben und als solche zu behandeln sind. Würde man die Stellvertreter von Aufsichtsratsmitgliedern nicht als wirkliche Mitglieder ansehen, so wäre dadurch den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben, die gesetzlich vorgeschriebene Höchstzahl leicht zu umgehen. Sie könnten alle Personen, die infolge der Höchstgrenze nicht zu Aufsichtsratsmitgliedern gewählt werden können, zu deren Stellvertretern bestellen und da-

121) a. a. O. § 243 Anhang Anm. 15.
122) a. a. O. AR 77 Anm. 65 g.
123) a. a. O. S. 221.

mit die gesetzliche Höchstzahl wertlos machen. Die von Schlegelberger angeführten praktischen Überlegungen sind einleuchtend. Man wird sich deshalb der H. L. anzuschließen haben.

Es bestand nun die Gefahr, daß dieses Ziel des Gesetzgebers, den Aufsichtsrat möglichst klein zu halten, umgangen werden konnte, indem man gewisse Personen, evtl. sogar ganze Beiräte, ohne Stimmrecht in den Aufsichtsrat entsandte[125]). Um dem vorzubeugen, regelt der Gesetzgeber in § 93 AG die Teilnahmeberechtigung von Personen an den Sitzungen des Aufsichtsrates und seinen Ausschüssen.

§ 93 I AG bestimmt, daß an den Sitzungen des Aufsichtsrates und seinen Ausschüssen solche Personen, die weder dem Aufsichtsrat noch dem Vorstand angehören, nicht teilnehmen sollen. Wie ein Vergleich des Abs. I mit Abs. II und III ergibt, kann diese Vorschrift durch die Satzung nicht abgeändert werden. Das Gesetz sagt: „Sollen nicht teilnehmen", es sagt nicht: „Können nicht teilnehmen". Durch diese Wortfassung will der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, daß die gesetzeswidrige Teilnahme die Gültigkeit der vom Aufsichtsrat gefaßten Beschlüsse nicht berührt.

Eine Ausnahme mußte der Gesetzgeber aber zulassen. Der Aufsichtsrat kann Sachverständige und Auskunftspersonen zu den Sitzungen zuziehen. Diese Vorschrift war deshalb erforderlich, weil in manchen Punkten den Aufsichtsratsmitgliedern die nötige Sachkenntnis fehlt.

Die gleiche Regelung gilt auch für die Ausschüsse des Aufsichtsrates. Lediglich zu Gunsten der Aufsichtsratsmitglieder selbst ist eine Ausnahme getroffen. Auch nichtausschußzugehörige Mitglieder können an den Sitzungen der Ausschüsse grundsätzlich teilnehmen. Die Teilnahmeberechtigung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Satzung ein derartiges Verbot ausspricht oder der Vorsitzer des Aufsichtsrates nichtausschußangehörige Mitglieder generell ausschließt oder den Ausschluß für einzelne Aufsichtsratsmitglieder ausspricht.

Nicht angegeben ist, ob die Satzung dem Vorsitzer dieses Bestimmungsrecht entziehen kann. Da das Aktiengesetz in der Regel ihm dieses Recht zu spricht, so hätte dies irgendwie zum Ausdruck kom-

124) Schlegelberger § 86 Anm. 3, 20; Lehmann-Hirsch Art. VIII Anm. 8; Schlegelberger, Verordnung Art. VIII Anm. 18; Horrwitz-Ullmann Art. VIII Anm. 11; Goldschmit, Notverordnung Art. VIII Anm. 12; Rheinstrom a. a. O. Art. VIII Anm. 10.

125) Begründung 37.

men müssen, wenn eine Entzugsmöglichkeit gewollt gewesen wäre. Schlegelberger[126]) meint nun, die Satzung könne das Ausschlußrecht des Vorsitzers dadurch beschränken, daß sie die Ausschließung von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig mache. § 93 II AG bestimmt, daß Aufsichtsratsmitglieder, die nicht dem Ausschuß angehören, an seinen Sitzungen teilnehmen können, wenn die Satzung oder der Vorsitzer nichts anderes bestimmen. Die Satzung kann also über den Ausschluß etwas anderes bestimmen. Sie könnte z. B. sagen: nichtausschußzugehörige Mitglieder sind nicht allgemein sondern nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgeschlossen. Daraus muß man entnehmen, daß sie auch befugt ist, das freie Ermessen des Vorsitzenden insoweit einzuschränken, daß der Ausschluß, der durch den Vorsitzenden ausgesprochen wird, nur beim Vorliegen wichtiger Gründe zulässig ist.

§ 93 AG, der das Teilnahmerecht an den Sitzungen des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse regelt, muß sich auch mit der Frage der Vertretung der Teilnahmeberechtigten befassen. Eine derartige Bestimmung sucht man im alten HGB vergebens. Sehr vorsichtig bestimmt jetzt § 93 III AG: die Satzung kann zulassen, daß an Sitzungen des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse Personen, die dem Aufsichtsrat nicht angehören. anstelle von Aufsichtsratsmitgliedern teilnehmen können, wenn sie hierzu von diesen schriftlich ermächtigt sind. Der Gesetzgeber spricht nicht von einer Vertretung, sondern vermeidet jeden Hinweis hierauf. So gilt auch die Ersatzperson nicht als Stellvertreter der Aufsichtsratsmitglieder, denn die amtliche Begründung sagt ausdrücklich: „Die rechtliche Stellung eines Stellvertreters kommt dieser Person nicht zu und kann ihr auch nicht eingeräumt werden." Ritter[127]) sieht die Ersatzperson trotzdem als Stellvertreter in der Ausübung des Teilnahmerechtes an und grenzt dieses Teilnahmerecht von dem Recht ab, Erklärungen abzugeben. Hierin käme die Ersatzperson höchstens einem Stellvertreter nahe, sie könne dadurch zum Stellvertreter werden, daß sie sich mit Blankounterschriften versehen läßt. Man tut aber besser daran, die Ersatzperson als „Sprachrohr" der Aufsichtsratsmitglieder zu betrachten, denn die Auffassung Ritters leidet an einer gewissen Konstruiertheit.

126) Schlegelberger § 93 Anm. 5.
127) a. a. O. § 93 Anm. 4.

Mit der Vorschrift des § 92 I AG entspricht das neue Aktienrecht einem lang gehegten Reformbestreben, der zwingenden Einführung eines Vorsitzers. Im alten HGB war ein derartiger Begriff völlig fremd. In dem durch die Novelle eingeführten § 244 a HGB erwähnt das Gesetz erstmalig den Vorsitzenden, ohne jedoch irgendetwas über seine Bestellung bzw. rechtliche Stellung anzuführen.

Während in der Praxis schon seit langem der Begriff eines Vorsitzers bekannt und auch ein Bedürfnis zu seiner Bestellung vorhanden war, ja sogar in vielen Aktiengesellschaften schon bestand, wurde er durch die Novelle lediglich als fakultative Rechtseinrichtung anerkannt[128]).

Diese Reformbestrebung zur Einführung des Vorsitzers hat jetzt der Gesetzgeber zum Abschluß gebracht, indem er seine Bestellung mit festumrissenem Aufgabenkreis zwingend vorschreibt. Kraft gesetzlicher Bestimmung hat der Aufsichtsrat aus seiner Mitte den Vorsitzer und seinen Stellvertreter zu wählen. Es steht nicht mehr im freien Ermessen des Aufsichtsrates, ob ein Vorsitzer gewählt wird, sondern dieses ist ihm zur Pflicht gemacht. Unterläßt er die Wahl des Vorsitzers, dann verletzt er die ihm obliegende Pflicht. Entsteht dadurch Schaden, so trifft die einzelnen Mitglieder gemäß § 99 i. V. m. § 84 AG dafür die Ersatzpflicht. Irgendwelcher Zwang ist aber im Gesetz nicht vorgesehen. Weder bestehen Strafvorschriften, noch kann der Registerrichter eingreifen. Eine gerichtliche Bestellung, wie sie Ritter[129]) analog § 29 BGB annehmen will, kann keinesfalls in Frage kommen; denn hätte der Gesetzgeber eine derartige Ersatzbestellung gewollt, so hätte er das im Gesetz zum Ausdruck gebracht. Ein derartiger Eingriff des Gerichtes wäre also unstatthaft.

Ebenso unzulässig ist es, daß die Hauptversammlung im Ersatzfall als Wahlorgan auftreten soll, wie Baumbach[130]) annehmen will. Er gründet seine Ansicht im Anschluß an § 87 AG wohl darauf, daß die Hauptversammlung den Aufsichtsrat zu wählen hat. Dem widerspricht aber § 92 AG, der deutlich erkennen läßt, daß, wenn der Aufsichtsrat schon einmal besteht, er allein berechtigt sein soll, den Vorsitzer aus seinen Reihen zu wählen. Kommt er trotz allem die-

128) Horrwitz a. a. O. § 244 Anm. 1.
129) a. a. O. § 92 Anm. 3 a.
130) a. a. O. § 92 Anm. 2.

ser Pflicht nicht nach, so wird der Vorstand alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel ergreifen müssen, um eine Bestellung herbeizuführen, eventuell durch Hauptversammlungsbeschluß eine Abberufung des Aufsichtsrates zu erlangen suchen.

Die Art der Wahl ist der Bestimmung durch die Satzung vorbehalten. Daher kann die Meinung nicht gebilligt werden, nach der die Regelung zwingend geschehen müsse, daß also die nähere Bestimmung notwendiger Bestandteil der Satzung sei. Wäre das der Fall, so müßte es in § 16 Abs. III AG vermerkt sein.

Aus der Wortfassung des § 92 AG ergibt sich, daß die Bestellung des Vorsitzers nicht länger als die Bestellungszeit des Aufsichtsrates sein kann. Der Bestimmung einer kürzeren Dauer läge jedoch nichts im Wege. Ebenso kann ein Widerruf durch den Aufsichtsrat jederzeit erfolgen.

Betrachtet man nun die rechtliche Stellung des Vorsitzers, so muß von den Einzelbefugnissen, d. h. von den Rechten und Pflichten des Vorsitzers ausgegangen und anschließend das Wesen seiner rechtlichen Stellung ergründet werden.

Kraft Gesetzes obliegt ihm folgendes:

a) Der Vorsitzer hat die Niederschrift der Aufsichtsratssitzung zu unterschreiben (§ 92 II AG).
b) Der Vorsitzer kann bestimmen, ob Aufsichtsratsmitglieder, die den Ausschüssen des Aufsichtsrates nicht angehören, an den Ausschußsitzungen teilnehmen können (§ 93 AG).
c) Der Vorsitzer muß auf Verlangen jedes Aufsichtsratsmitgliedes oder des Vorstandes, und wenn ihm Zweck und Grund des Verlangens angegeben wird, unverzüglich den Aufsichtsrat berufen (§ 94 AG).
d) Der Vorsitzende kann den Vorstand zwingen, auf Betreiben eines Aufsichtsratsmitgliedes an den Aufsichtsrat einen Bericht zu erstatten, wenn er das Begehren des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes selbst unterstützt (§ 95 AG).
e) Der Vorsitzer des Aufsichtsrates einer Prüfungsgesellschaft darf den Prüfungsbericht der Prüfungsgesellschaft im Gegensatz zum Aufsichtsrat einsehen (§ 141 III AG).

131) Teichmann a. a. O. § 92 Anm. 1.

Der Vorsitzer muß gemeinsam mit dem Vorstand den Beschluß

f) über die Erhöhung (§ 151 AG) und

g) über die Herabsetzung (§ 171 AG) des Grundkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anmelden.

Der Vorsitzer muß gemeinsam mit dem Vorstand die Durchführung

h) der Erhöhung (§ 155 AG) und

i) der Herabsetzung (§ 180 AG) des Grundkapitals zur Eintragung in das Handesregister anmelden.

Der Aufgabenkreis, den das Aktiengesetz dem Vorsitzer überträgt, ist jedoch kein erschöpfender. Die Satzung kann in Ergänzung des Gesetzes die Aufgaben des Vorsitzers im einzelnen regeln, sei es, daß eine ergänzende Satzungsregelung vorhanden ist, sei es, daß die Satzung schweigt. In beiden Fällen ist es rechtlich zulässig, dem Vorsitzer all jene Aufgaben zuzusprechen, die dem Vorsitzer eines Kollegiums üblicherweise zukommen. Allerdings geht es nicht an, ihm in Widerspruch mit der Satzung Aufgaben zuzuweisen.

Bevor die Aufgaben des Vorsitzers, die ihm üblicherweise zustehen, im einzelnen zur Darstellung gelangen, ist ein Streit zu klären, der sich im Anschluß an die amtliche Begründung zum Aktien? ? ? ? entwickelt hat.

Die Begründung führt aus, daß „eine Übertragung entscheidender Befugnisse auf ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrates oder auf dessen Vorsitzer im Gesetz nicht vorgesehen ist". Aus dieser Stelle entnimmt Schlegelberger[132]), an entscheidenden Befugnissen könnten dem Vorsitzer nur solche Aufgaben zustehen, die nicht dem Aufsichtsrat als solchem bereits durch das Gesetz zugewiesen seien. Weist das Gesetz selbst einem Organ eine entscheidende Befugnis zu, führt Schlegelberger aus, so verbiete es damit die Übertragung dieser Aufgabe auf ein einzelnes Mitglied dieses Organes. Im Gegensatz hierzu hält Ritter es für unbegründet, eine Grenze zwischen entscheidenden Befugnissen zu ziehen, die dem Vorsitzer übertragen werden können und anderen, die ihm nicht übertragen werden können[133]). Die angeführte Stelle der Begründung hält Ritter für „eine belanglose Bemerkung". Woraus er die Belanglosigkeit der amtlichen Begründung

132) a. a. O. § 92 Anm. 9.
133) a. a. O. § 92 Anm. 3 a.

entnimmt, verschweigt er. M. E. muß man unbedingt an dem auch für das sonstige Recht geltenden Grundsatz festhalten, daß dort, wo ein mehrgliedriges Organ für eine Angelegenheit ersichtlich für zuständig erklärt ist, ihm diese Zuständigkeit nicht dadurch entrissen werden kann, daß man ein Einzelmitglied für zuständig erklärt. Andernfalls könnte ein einzelnes Mitglied seinen eigenwillen in Widerspruch mit dem Mehrheitswillen des Organes geltend machen und durchsetzen. Eine solche Entscheidungsmacht eines Einzelmitgliedes kann aber in wichtigen Angelegenheiten nicht gewollt sein.

Welche Rechte und Pflichten der Vorsitzer im einzelnen hat, kann außer durch den Satz: „Daß ihm alles zusteht, was dem Vorsitzer eines Kollegiums zukommt", nicht allgemein gesagt werden. Vielmehr können nur Beispiele für seine Zuständigkeit zur Darstellung gebracht werden. Im übrigen muß das Wesen des Vorsitzenden und sein Verhältnis zum Aufsichtsrat im Einzelfall erkennen lassen, ob der Vorsitzende zur Vornahme der fraglichen Handlung befugt ist.

Unstreitig kommt es dem Vorsitzenden zu, die Aufsichtsratssitzungen vorzubereiten, zu leiten und die gefaßten Beschlüsse den Beteiligten mitzuteilen[134]). Nicht aber hat er bei Meinungsverschiedenheiten während der Fassung eines Beschlusses im Aufsichtsrat zu entscheiden. Die Ausführung der Beschlüsse kann dem Voritzer nur soweit zustehen, als dazu nicht eine Vertretungsmacht erforderlich ist. Insoweit, wie überhaupt zur Vertretung des Aufsichtsrates, ist der Vorsitzer nur berechtigt, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend dazu ermächtigt ist[135]). Er ist ferner befugt, Mitteilungen für den Aufsichtsrat entgegenzunehmen[136]); z. B. Mitteilungen des Vorstandes oder Erklärungen Dritter, die sich an den Aufsichtsrat richten. Fraglich ist, ob unter diese an den Vorsitzer gerichteten Mitteilungen auch die Klagezustellung, die sich an den Aufsichtsrat richtet, zu rechnen ist. Man wird hierbei von dem § 171 ZPO ausgehen müssen. Zunächst ist zu sagen, daß Abs. III, nach dem eine Zustellung an ein beliebiges Mitglied genügen würde, deshalb nicht in Fragen kommen kann. weil das einzelne Mitglied niemals die Aktiengesellschaft in eigener Person, sondern nur in Gemeinschaft mit den anderen vertritt und weil unter „mehreren gesetzlichen Vertretern" lediglich

134) Fischer a. a. O. S. 247; Staub § 246 Anm. 14 a; Ritter § 92 Anm. 3 a.
135) RG 66/376, 90/207.
136) Staub § 246 Anm. 14 a; RG 13/50.

solche zu verstehen sind, von denen jeder selbständig befugt ist, die Partei zu vertreten. Man wird hierbei vielmehr den Abs. II heranziehen müssen; denn der Vorsitzende ist hier als „Vorsteher" im Sinne des Gesetzes anzusehen. Man wird die Vorschrift nicht nur dann anzuwenden haben, wenn es sich um eine Behörde, Gemeinde usw[2] handelt, die verklagt wird, sondern auch wenn ein Kollegium die gesetzliche Vertretung der Gesellschaft bildet. Es wird also eine Zustellung an den Vorsitzer des Aufsichtsrates als zulässig und auch als genügend zu erachten sein. Schlegelberger führt in seinem Kommentar eine Reihe von Handlungen auf, die dem Vorsitzer verschlossen sind. Dazu gehören unbestritten die Bestellung und Abberufung des Vorstandes wie auch des Vorsitzenden des Vorstandes. Ferner steht ihm die Erklärung über den Jahresabschluß sowie die Entscheidung über die Gewinnbeteiligung (§§ 125, 77 I, II AG), über die Bezüge (§ 78 I, II AG) und über die Zustimmung bezüglich der Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder (§ 80 IAG) nicht zu. Demgegenüber wird man ihm aber nicht das Recht absprechen können, die dem Aufsichtsrat vorgelegten Bilanzen zu unterschreiben. Sehr bestritten ist die Frage, ob der Vorsitzer in den Fällen, in denen der Aufsichtsrat die Hauptversammlung berufen kann oder muß, selbst und ohne Beschluß des Aufsichtsrates diese einberufen kann. Brodmann will ihm in § 254 HGB ein solches Recht zugestehen. Mit Recht wendet sich aber die H. L. gegen eine derartige Auffassung[137]); denn die Entscheidung, ob die Hauptversammlung einzuberufen ist, wurde dem Aufsichtsrat als solchem zugewiesen. Dieser hat aber hinsichtlich der Einberufung „entscheidenden" Charakter.

Aus dem Aufgabenkreis des Vorsitzers heraus ergibt sich auch die juristische Natur seines Amtes. Drei Möglichkeiten ind gegeben:

Entweder man vertritt die Auffassung,

a) der Vorsitzer ist wie der Aufsichtsrat selbst Organ der Aktiengesellschaft, oder
b) man sieht im Vorsitzenden lediglich einen Vertreter, aber nicht der Aktiengesellschaft, sondern des Aufsichtsrates, oder
c) der Vorsitzende ist lediglich ein primus inter pares.

137) Staub § 246 Anm. 14 a; Goldschmit AG Anm. 4.

Die erste Meinung wird von Ritter[138]) vertreten. Sie muß aber für das geltende Recht abgelehnt werden. Er gibt für seine Ansicht keine Begründung, aus der ersichtlich ist, worauf er sie stützen will. Im Gegenteil, aus sämtlichen Vorschriften über den Vorsitzenden und auch aus der amtlichen Begründung geht hervor, daß diesem wohl einige Einzelbefugnisse gegeben sind, daß der Gesetzgeber jedoch ängstlich darüber gewacht hat, seine Macht nicht etwa allzu groß werden zu lassen. Außerdem kann man schon aus dem Gesetzesaufbau erkennen, daß diese Ansicht abwegig ist. Der Gesetzgeber behält im ersten Buch 4. Teil bezüglich der Verfassung der Aktiengesellschaft die alte Dreiteilung in Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung bei, führt also die drei Organe in je einem Abschnitt auf. Warum nun ausgerechnet der Vorsitzer, wäre er Organ der Aktiengesellschaft, mit einer grundsätzlichen Vorschrift abgetan sein solle, ist nicht einzusehen. Eine einleuchtende Beweisführung ergibt sich aus dem Satz in der Begründung, daß „eine Übertragung entscheidender Befugnisse auf ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrates oder dessen Vorsitzer im Gesetz nicht vorgesehen it".

Einmal müßte der Vorsitzer im einen oder anderen Falle wenigstens wie ein Organ handeln können. Zum anderen ergibt sich aus der Satzzusammenstellung — „auf ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied oder dessen Vorsitzer" — daß es sich hier um etwas Ähnliches handeln muß wie ein Aufsichtsratsmitglied, daß es sich aber keinesfalls um ein neues Organ der Aktiengesellschaft handeln kann. Zudem hat das Kammergericht[140]) festgestellt, daß der Vorsitzer nicht Verwaltungsträger der Aktiengesellschaft, sondern nur Mitglied des Verwaltungsträgers ist.

Ähnliche Gründe, die gegen die Organstellung des Vorsitzers sprechen, ergeben sich auch bei der Vertreterstellung des Vorsitzers, sei es bei der Aktiengesellschaft selbst, sei es bei dem Aufsichtsrat; denn es gehört nicht zu den Aufgaben des Vorsitzers — ob Vertreter der Aktiengesellschaft oder des Aufsichtsrates — bindende Erklärungen abzugeben[141]). Es bleibt also nur noch die dritte Ansicht, die des Vorsitzenden als „primus inter pares".

138) a. a. O. § 92 Anm. 3 a.
139) S. bei Klausing Aktiengesetz § 92.
140) JPG 1/225.
141) RG 66/369; Schlegelberger § 92 A 8.

Dieser Auffassung ist beizupflichten. Aus dem ganzen Aufgabenkreis, aus der ganzen Rechtsstellung und schließlich auch aus der Begründung 37, die Aufsichtsratsmitglied und Vorsitzer in einem Atemzug nennt, ersieht man, daß der Aufsichtsratsvorsitzende eine nur unwesentlich andere Stellung hat als die übrigen Aufsichtsratsmitglieder. Er wird durch Wahl aus der Gesamtheit der übrigen Aufsichtsratsmitglieder hervorgehoben, mit einzelnen besonderen Befugnissen betraut und hat im übrigen als Vorsitzer eines Kollegiums die diesem üblicherweise obliegenden Aufgaben wahrzunehmen. Es entspricht dies einer Rechtsstellung, wie sie gerade deutschrechtlich bis ins Altertum verankert ist, wo der Oberste nicht mehr sein kann und will als der Erste unter Gleichen.

Hiermit ist wohl am besten die Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden gekennzeichnet. Man wird daher für das neue Aktienrecht aus den ihm durch das Gesetz übertragenen Aufgaben, wie auch auf Grund der ihm sonst obliegenden Aufgaben dazu kommen, seine Stellung als die eines „primus inter pares" zu kennzeichnen.

Streitig war für das alte und ist für das neue Aktienrecht weiter, welche Anwesenheitszahl für die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates erforderlich ist. Die Regelung ist durch die Satzung vorzunehmen, da das Gesetz über die Beschlußfähigkeit keine Vorschriften gibt — weder das HGB noch das AG —. Schweigt aber auch die Satzung, so ist zweifelhaft, wie sich die Beschlußfähigkeit regelt.

Man hat, ausgehend von der Mindestzahl der Aufsichtsratsmitglieder, versucht, die Frage zu lösen[142]). Das Gesetz (§ 243 HGB, § 86 AG) bestimme, daß der Aufsichtsrat aus mindestens 3 Aufsichtsratsmitgliedern bestehen müsse. Diese Mindestzahl könne von der Satzung nach oben anders geregelt werden. Die Feststellung einer Mindestzahl gelte aber nicht für den äußeren Aufbau des Aufsichtsrates, sondern auch für den Aufsichtsrat als handelndes Organ. Daß dies der Fall sei, zeige auch die allgemeine Üblichkeit des Rechtslebens.

Die gegenteilige Ansicht sucht diese Beweisführung in doppelter Hinsicht zu entkräften[143]). Es werde kein Unterschied zwischen der Mindestzahl in § 243 HGB und der Beschlußfähigkeit gemacht; denn

142) Stabu § 46 Anm. 14 I g; Brand Anm. 6; Auerbach a. a. O. S. 255; Schlegelberger § 92 Anm. 22; Teichmann § 89 Anm. 1.

143) Brodmann § 246 Anm. 3 b; Goldschmit AG A. 28; Fischer a. a. O. S. 246; Rospatt B.-A. 29/28; ZBH 30/162; RW 82/386.

es sei nicht daraus, daß der Aufsichtsrat nach dem Gesetz oder der Satzung aus einer ganz bestimmten Mindestzahl bestehen muß, zu schließen, der Aufsichtsrat sei nur dann beschlußfähig, wenn diese Mindestzahl von Personen auch in der Sitzung vorhanden sei. Es könnten vielmehr für die Beschlußfassung ganz andere Zahlen maßgebend sein wie für die Zusammensetzung. Für die Beschlußfähigkeit schreibt das Gesetz schließlich überhaupt keine Mindestzahl vor. Aus diesen Gründen kommt man zu der Annahme, der Gesetzgeber habe hierfür keine Grenzen ziehen wollen. Der Aufsichtsrat sei also auch mit einem Mitglied beschlußfähig[144]).

Des weiteren ist über die allgemeine Üblichkeit zu sagen, daß hier der Satz: „tres faciunt collegium" keine allgemeine Anwendung finden kann. Auch wenn der Aufsichtsrat aus drei Mitgliedern besteht, kommt es oft vor, daß nur zwei Mitglieder beschließen, nämlich dann, wenn das dritte Mitglied sich der Stimme enthält. Im übrigen ist es begrüßenswert, wenn die Satzung der Aktiengesellschaft festliegende Normen über die Beschlußfähigkeit aufstellt. Wenn dies aber zur Auslegung des Gesetzes herangezogen werden soll, so kann dem nicht beigetreten werden, es sei denn, die Anwendung geschehe kraft Gewohnheitsrechtes. Ein solcher Gewohnheitsrechtssatz hat sich aber bisher nicht entwickelt.

Prüft man diese beiden Ansichten, dann hängt die Entscheidung der Streitfrage lediglich davon ab, ob die geforderte Mindestzahl mit der Beschlußfähigkeit gleichzusetzen ist. Das scheint aber m. E. nicht angebracht. Wenn z. B. im preußischen Landesverwaltungsgesetz von 1883 für die Zusammensetzung des Kreis- und Bezirksverwaltungsgerichtes auch zahlenmäßige Begrenzungen angegeben sind, so ist hier auch ausdrücklich bestimmt, daß das Gericht bereits beschlußfähig ist, wenn weniger Verwaltungsrichter zusammentreten als für die Zusammensetzung des Gerichtes bestimmt ist. Außerdem dürfte der Gesetzgeber, wenn er die Beschlußfähigkeit von der Mindestzahl der Aufsichtsratsmitglieder abhängig machen wollte, dies in Kenntnis der Streitfrage bei der Neufassung des Aktiengesetzes zum Ausdruck gebracht haben. Es sei auch auf den Einwand hingewiesen, daß eine Stimmenthaltung einem Angriff auf die von der Gegenansicht geforderte Mindestzahl gleichzusetzen sei. Wenn man vorerwähntes zu Grunde legt, erscheint m. E. folgende Ansicht als die richtige:

144) So auch Goldschmit AR S. 25 Anm. 11; KG in KGJ 42/164 ff.

Das Gesetz spricht von einem Beschluß des Aufsichtsrates. Von einem Beschluß kann aber nur dann gesprochen werden, wenn mehr als eine Person an der Aufsichtsratssitzung teilnimmt. Drei Personen müssen es aber nach den obigen Ausführungen nicht sein. Also bleibt nichts anderes übrig, als die Beschlußfähigkeit von der Beteiligung zweier Aufsichtsratsmitglieder abhängig zu machen.

Bei der Beschlußfassung ist ebenso wie bei der Beschlußfähigkeit in erster Linie die Satzung maßgebend. Im übrigen werden Beschlüsse grundsätzlich in einer Sitzung mit Mehrheit — sei es mit einfacher oder zwei Drittel Mehrheit — der erschienenen Mitglieder gefaßt. Früher war bestritten, ob auch schriftliche Stimmabgabe zulässig ist. Das hat jetzt § 92 III AG in positivem Sinne geregelt, wenn alle Mitglieder zustimmen.

Ebenso ist nach einer neueren Kammergerichtsentscheidung die telegrafische Stimmabgabe für zulässig erachtet worden, weil jede Übermittlung des Willens des Abstimmenden durch eine von ihm herrührende Urkunde, also auch durch Telegramm, genügt[145]). Daß telefonische Stimmabgabe als Erklärung unter Anwesenden aufzufassen sei, lehnt Schlegelberger[146]) ab. Diese Ablehnung ist aber unbegründet; denn bei telefonischer Rücksprache ist ein noch wesentlich engerer Konnex mit der Hauptversammlung vorhanden als bei der telegrafischen. Es ist deshalb unbegreiflich, warum das eine erlaubt, das andere aber verboten sein solle. Aus dem Schweigen des Gesetzes wird man entnehmen können, daß der Gesetzgeber gegen telefonische Abstimmung nichts einzuwenden hatte; denn hätte er sie vermieden wissen wollen. so wäre dies im Anschluß an § 92 III AG zu regeln gewesen. Außerdem gilt auch nach BGB eine telefonische Erklärung als eine solche unter Anwesenden.

Nach der bisher H. L.[147]) durfte sich ein Aufsichtsratsmitglied nicht bei der Beschlußfassung beteiligen, wenn es sich um die Erledigung eines Rechtsstreites mit ihm handelte. Man wandte hier den § 34 BGB analog als zwingendes Recht an. Auch für das neue Aktienrecht ist der H. L. beizutreten, denn es steht hier einer analogen Anwendung des § 34 BGB nichts im Wege[148]).

---

145) JW 38/1824.

146) Schlegelberger § 92 Anm. 33.

147) Goldschmit AG § 246 Anm. 28, AR S. 247 ff; Staub § 246 Anm. 14; Ritter HGB Anm. 4; a. A.: Rospatt in B.-A. 29/28.

148) Ritter § 92 Anm. 5; Schlegelberger Anm. 21, letzterer will § 34 BGB

§ 15.

Der Aufsichtsrat als Kontrollorgan.

Eine klare Trennung zwischen der Verantwortung und den Aufgaben der Organe der Aktiengesellschaft herbeizuführen, ist der Grundzug des neuen Aktienrechtes. Als Hauptaufgabe hat man zu diesem Zweck in § 95 I AG dem Aufsichtsrat die Überwachung der Geschäftsführung zugewiesen, um ihm mehr als bisher zu einem seiner Vertantwortung bewußten Vertrauensorgan der Aktionäre zu gestalten[149]).

Aus Geßler's[150]) Bemerkung „der Aufsichtsrat ist zu seiner eigentlichen Aufgabe, der Beaufsichtigung der Geschäftsführung des Vorstandes zurückgeführt worden", geht klar hervor, daß die Befugnisse des Aufsichtsrates im alten Aktienrecht trotz der Bestimmung des § 246 I 1 HGB — vielleicht zu Unrecht — weitergehend gewesen sein müssen.

Bei der Erfassung der Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates soll deshalb da Hauptaugenmerk darauf gerichtet sein, wie weit es dem Gesetzgeber gelungen ist, den Aufsichtsrat auf seine eigentlichste Aufgabe, die Überwachung, zurückzudrängen. Das ADHGB bestimmte, daß der Aufsichtsrat den Vorstand bei seiner Geschäftsführung zu überwachen habe. Diese Vorschrift hat durch die Schöpfung des HGB von 1897 eine andere Fassung erhalten. Nach § 246 I 1 HGB hatte der Aufsichtsrat die Geschäftsführung der Gesellschaft zu überwachen. Diese Änderung hatte wohl einmal den Grund, den Vorstand nicht als ein überwachtes Organ erscheinen zu lassen, zum anderen sollte sich die Aufsichtstätigkeit nicht in der Überwachung des Vorstandes erschöpfen. Das Aktiengesetz schließlich bestimmt ganz einfach in § 95 I: Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen, wobei die Überwachung nur dem Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit als Organ und nicht dem einzelnen Mitglied zusteht[151]).

---

nicht direkt anwenden, kommt jedoch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu demselben Ergebnis.

149) Deutsche Justiz 1937/182.

150) In JW 37/497.

151) Goldschmit AR § 246 Anm. 2; Staub Anm. 1; Brand Anm. 2 a; Goldmann Anm. 1; Ring a. a. O. S. 205; Fischer a. a. O. S. 248; KG in OLRG 12/43; RG 75/309; 93/338.

Was unter der Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft zu verstehen ist, wurde von den einzelnen Bearbeitern verschieden angegeben. Der Umfang der Überwachungspflicht ist vom Gesetzgeber jedoch nicht bestimmt worden. Man knüpfte bei der Beantwortung der Frage, wieweit sich die Überwachungspflicht zu erstrecken habe, an § 249 I HGB an. Aus der Bestimmung, daß die Mitglieder des Aufsichtsrates ihre Obliegenheiten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu erfüllen haben, sollte sich auch ergeben, inwieweit ein ordentlicher Gschäftsmann die Geschäftsführung überwachen müsse. Zum Teil vertrat man die Ansicht, hinsichtlich Wortlaut und Zweck des Gesetzes seien außerordentlich strenge Anforderungen an den Aufsichtsrat zu stellen. Besonders die Worte: „In allen Zweigen der Verwaltung" ließen die Ansicht richtig erscheinen, nach welcher das Wort „überwachen" im weitesten Sinne auszulegen sei und der Aufsichtsrat die Pflicht habe, „jeden geschäftlichen Tätigkeitsakt des Vorstandes zu untersuchen bezw. daß es kein Gebiet gäbe, auf dem der Aufsichtsrat seine Kontrolltätigkeit nicht ausüben dürfe und sogar nötigenfalls müsse[152])". Von anderen Schriftstellern wurde sogar behauptet, daß der Aufsichtsrat „die Zweckmäßigkeit und Richtigkeit" der Geschäftsführung des Vorstandes zu kontrollieren habe. Insbesondere habe er die Pflicht „zur Befragung der Gesellschaftsbeamten über geschäftliche Angelegenheiten[153]".

Diese Ansicht ging davon aus, daß es dem Aufsichtsrat durchaus möglich sei, sowohl die Geschäftsführung durch den Vorstand als auch die ganze übrige Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung genauestens zu überwachen. Die andere gemäßigtere Lehrmeinung erkannte, daß auch vom ordentlichen Geschäftsmann nur ein gewisses Maß von Sorgfalt erwartet werden kann. Sie folgerte hieraus, der Gesetzgeber wolle gerade durch die Verbindung der beiden Gesetzesstellen (§§ 246 I, 249 I HGB) die Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrates auf ein Mittelmaß beschränken. So hält insbesondere Esser[154]) die Prüfung sämtlicher Inventurbestände für zu weitgehend; desgleichen erscheint weder „die Berichterforderung noch die Prüfung der Bücher und Bestände obligatorisch[155])".

152) Bauer a. a. O. S. 158.
153) Küntzel a. a. O. S. 43.
154) a. a. O. § 246 Anm. 5; ebenso Simon a. a. O. S. 158 Anm. 24.
155) Tscharmann a. a. O. S 22; Pinner II 1 b

Kurz gesagt verlangt die letztere Meinung, die Pflicht zur Überprüfung solle in den Grenzen des Möglichen gehalten werden und normalerweise genüge die Vornahme von Stichproben. Diese Ansicht konnte man für das alte Recht als herrschend bezeichnen. Es genügte, wenn der Aufsichtsrat seine Kontrolltätigkeit so ausübte, daß er die notwendigen Prüfungen vornahm, sich über die notwendigen Geschäftsvorgänge beraten ließ und sich insoweit Bericht erstatten ließ, als er den ordentlichen Geschäftsgang überwachen und, wenn nötig, einschreiten konnte[156]). Der Aufsichtsrat mußte dabei den ihm kraft Gesetzes übertragenen Pflichtenkreis nachkommen, der durch Satzungsbestimmung erweitert, niemals aber verkleinert werden konnte.

Bestritten war, ob sich nun diese Überwachungspflicht nur auf den Vorstand bezog, oder ob mit der Einführung des HGB auch gesagt sein sollte, daß der Aufsichtsrat Überwachungsrecht und Überwachungspflicht den Angestellten der Aktiengesellschaft gegenüber hätte. Beide Ansichten erkannten an, daß der Aufsichtsrat auch eine Überwachungspflicht gegenüber den Personen habe, die etwa anstelle des Vorstandes die Geschäftsführung zu besorgen hatten; jedoch nahm die h. L. an, daß der Aufsichtsrat den Angestellten gegenüber kein Überwachungsrecht besitze[157]), da er in keiner unmittelbaren Beziehung zu denselben stehe. Die h. L. macht insoweit ein Zugeständnis, als sie die Anstellungs- und Provisionsverhältnisse für überwachungsfähig erachtet[158]).

Aus dem § 246 HGB ergab sich aber nicht, ob der Aufsichtsrat befugt wäre, dem Vorstand bezw. den einzelnen Mitgliedern Anweisungen zu erteilen. Durch Satzungsanordnung war — wie oben dargelegt — eine Erweiterung des Überwachungsrechtes des Aufsichtsrates möglich. Daher mußte auch für zulässig erachtet werden, daß durch die Satzung bezw. den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden konnte, der Vorstand habe die Weisungen des Aufsichtsrates zu befolgen[159]). Für die Auslegung des § 246 HGB ergaben sich zwei

156) Staub § 246 Anm. II; Brand Anm. 2 c; Brodmann Anm. 1 b; Goldschmit AG Anm. 3.

157) Staub § 246 Anm. 2 a; Goldschmit AG Anm. 4; Brodmann Anm. 1 b; a. A.: Makower Anm. 3 a; Brand Anm. 2 b, der annimmt, daß in jedem Anstellungsvertrag stillschweigend die Verpflichtung des Angestellten läge, sich der gesetzlichen Überwachungspflicht durch den Aufsichtsrat zu unterwerfen.

158) Staub § 246 Anm. 2 a; JW 24/1147.

159) Stabu § 246 Anm. 10; Goldschmit AG Anm. 19.

Meinungen, von denen mit der h. L. der weniger strengen der Vorzug zu geben ist. In dieser Richtung hat auch das neue Aktienrecht zu der Frage Stellung genommen. So sagt schon die Erläuterung zum ersten Entwurf des neuen Aktienrechtes, daß der § 246 I HGB in seiner jetzigen Fassung dem Aufsichtsrat praktisch undurchführbare Aufgaben auferlege. Aus diesem Grunde wurde die neue Fassung des § 95 I AG gewählt, nach dem die Worte „in allen Zweigen der Verwaltung" bereits seit dem ersten Entwurf gestrichen worden waren.

Ob hierin eine Verbesserung zu erblicken ist, erscheint recht zweifelhaft; denn noch immer hat der Aufsichtsrat „die Geschäftsführung zu überwachen". Ob die gestrichenen Worte des alten § 246 HGB noch dazukommen oder nicht, wiederum ist seine Befugnis nicht begrenzt und könnte Anlaß zu unliebsamen Aueinandersetzungen geben. Jedoch wird man bei der Gesetzesfassung berücksichtigt haben, daß es einerseits schwer ist, den Aufgabenkreis des Aufsichtsrates gesetzesmäßig scharf zu begrenzen und andererseits, daß sich die h. L. in Wissenschaft und Praxis durchgesetzt hatte. Wenn man dazu noch die Erläuterung zum ersten Entwurf heranzieht und bedenkt, daß der Gesetzgeber eine Abschwächung der Aufgaben des Aufsichtsrates beabsichtige, so wird man ungeachtet dessen mit dem Gesetzestext des neuen § 95 I AG zu einem befriedigenden Ergebnis gelangen.

Wie oben erwähnt, bestimmt § 95 I AG lediglich, daß der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen habe. Die Worte: „In allen Zweigen der Verwaltung" sind also weggefallen. Man könnte also annehmen, daß sich in der tatsächlichen Überwachung des Aufsichtsrates nichts geändert hat. Das dürfte richtig sein, soweit es sich darum handelt: Wer überwacht wird. Daß sich die Überwachung lediglich auf den Vorstand als überwachtes Organ erstreckt, wurde oben angenommen. Als wirklich Überwachte nach altem Recht dürfte aber die Gesellschaft selbst angesehen werden, da das Handeln des Vorstandes infolge seiner Organnatur als Handeln der Aktiengesellschaft selbst anzusehen war. Im geltenden Aktienrecht dürfte es nicht anders sein. Überwacht wird die Geschäftsführung, also die Gesamtheit der geschäftlichen Vorgänge der Gesellschaft. Mittelbar bedeutet das natürlich eine Überwachung des Vorstandes als solchen, weil er die Geschäfte führt. Nur soweit die Gesellschaft

handelt, — wobei unter Handeln auch die Nichtvornahme eines notwendigen Geschäftsführungsaktes, z. B. das Verjährenlassen einer Forderung verstanden werden muß — kann man von ihrer Geschäftsführung sprechen. Daraus folgt die weitere Frage, ob nicht auch das Handeln eines Angestellten, der nicht Vorstandsmitglied ist, der Überwachung des Aufsichtsrates unterliegt. Man muß eine derart weitgehende Überwachung gegen Schlegelberger und Ritter[160]) ablehnen. Lediglich mittelbar kann man von einer Überwachung der Angestellten sprechen, insofern der Vorstand seine Aufgaben durch die Angestellten ausführen läßt. Die Überwachung der Angestellten gipfelt also in der Überwachung des Vorstandes. Die Richtigkeit dieser Auffassung dürfte sich aus zwei Gründen ergeben; einmal aus dem Wortlaut des § 95 AG, denn hier ist nur von der Überwachung der Geschäftsführung die Rede und nicht von der Überanderer Standpunkt in Widerspruch zu dem Führungsrecht des Vorstandes stehen, das sich ja auf die Angestellten erstreckt.

Gehört nun zu dem Begriff „Überwachen" nach neuem Recht eine Anweisungsbefugnis des Aufsichtsrates an den Vorstand? Nach den vorhergehenden Ausführungen ist als feststehend anzunehmen, daß eine solche Anweisungsbefugnis den Angestellten gegenüber nicht besteht. Wie ist es aber mit dem Anweisungsrecht an den Vorstand?

Das muß ebenfalls abgelehnt werden. Nach dem Aufbau des neuen Aktienrechtes und seiner Begründung soll der Aufsichtsrat grundsätzlich nur Kontrollorgan sein, die Führung der Geschäfte aber ausschließlich dem Vorstand zustehen. Damit ist die Frage beantwortet, ob der Aufsichtsrat als Kontrollorgan den Vorstand zur Rechenschaft ziehen kann. Dies wird nur an den Stellen möglich sein, an denen der Vorstand sich zu verantworten hat; das ist vor allem die Hauptversammlung. Der Aufsichtsrat kann also nicht selbst dem Vorstand irgendwelche Vorschriften machen. Das würde seinem Wesen als Führungsorgan widersprechen. Eine Satzungsbestimmung, die dem Aufsichtsrat ein derartiges Anweisungsrecht zugestehen wollte, stellt einen Verstoß gegen das Aktiengesetz dar, denn durch sie würde der Aufsichtsrat aus einem Aufsichtsorgan in ein Geschäftsführungsorgan verwandelt. Das wollte aber der Gesetzgeber gerade beseitigt wissen.

160) Schlegelberger § 95 Anm. 7; Ritter Anm. 2.

§ 16

Der Aufsichtsrat als Kreationsorgan.

Die amtliche Begründung sagt bei Erlaß des Aktienrechtes: „Die Bestellung und Abberufung des Vorstandes geschieht, wie es bereits heute in der Praxis üblich ist, durch den Aufsichtsrat".

Im bisherigen Recht war lediglich gesagt, der Gesellschaftsvertrag habe die Art der Bestellung und die Zusammensetzung des Vorstandes zu bestimmen (§ 182 II No. 4 HGB). Von dieser Bestellung zum Vorstandsmitglied ist die Anstellung zu unterscheiden. Die Bestellung baut auf dem Anstellungsvertrag auf. Ob diese Unterscheidung Berechtigung hat, soll später untersucht werden. Da die Bestellung ganz der Satzung überlassen ist ,hatte diese volle Freiheit, wenn sie den Aufsichtsrat als Kreationsorgan einsetzen wollte. In Betracht kamen die Generalversammlung, der Aufsichtsrat, eine Kommission des Aufsichtsrates, der Vorsitzende des Aufsichtsrates. Es war auch zulässig, daß ein Dritter, nicht der Gesellschaft Angehöriger, mit dieser Stellung betraut wurde [161]).

Es war hierbei unklar, ob die Hauptversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft im alten Sinne dann noch zur Bestellung des Vorstandes berufen war, wenn die Satzung dieses Recht dem Aufsichtsrat zuwies. Weitgehend wurde in Schrifttum und Zraxis verneint, daß neben dem Aufsichtsrat die Generalversammlung ein Bestellungsrecht hätte[162]). Insbesondere vertrat Hallier den Standpunkt, daß Generalversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand selbständige Organe der Aktiengesellschaft seien, die im Verhältnis der Gleichheit zueinander ständen. Deshalb sei es unzulässig, der Generalversammlung neben dem Aufsichtsrat das Bestellungsrecht einzuräumen. Mit ebenso gutem Recht nahm aber Staub[163]) und insbesondere Liefschütz[164]) an, daß infolge der bevorzugten Stellung, die der Generalversammlung zukommt, die Annahme gerechtfertigt sei, daß neben dem Aufsichtsrat, wenn ihm durch die Satzung die Bestellungsbe-

161) Haußmann, Tochtergesellschaft a. a. O. S. 32; Friedländer JW 23/214; Dove B.-A. 19/247; RG 73/406.

162) RG 68/245, 77/274, 117/203; JW 26/614, ebenso Fischer in Anm. hierzu; JW 27/2298; Eiser a. a. O. S. 77; Horrwitz a. a. O. S. 462.

163) § 250 Anm. 7.

164) JW 27/2300; ebenso Friedländer AR § 250 Anm. 1.

fugnis eingeräumt wurde, die Generalversammlung das Bestellungsrecht hätte.

Die Bestellung war nach § 231 HGB jederzeit widerruflich. Von wem aber die Widerrufserklärung abzugeben war, bestimmte das HGB nicht. Einig war man sich darin, daß die Generalversammlung insoweit zuständig war, als die Satzung nichts Weiteres vorschrieb; denn sie war oberster Willensträger. Anderen Stellen, insbesondere dem Aufsichtsrat stand das Widerrufsrecht nur dann zu, wenn es ihm übertragen war[165]). Dabei nahm man m. E. mit Recht an, daß im Zweifel die Übertragung des Rechtes, den Aufsichtsrat zu bestellen, stillschweigend auch die Widerrufsbefugnis in sich schloß[166]).

Ob die Generalversammlung ein Widerrufsrecht hatte, obwohl dies satzungsgemäß ßdem Aufsichtsrat übertragen war, wurde — ähnlich wie bei der Bestellung — teils angenommen[167]), teils abgelehnt[168]).

Kurz ist darauf einzugehen, wer den Anstellungsvertrag, also den Dienstvertrag oder Auftrag, auf dem die Bestellung ruht, mit dem einzelnen Vorstandsmitglied abschließt. Soweit das Bestellungsrecht dem Aufsichtsrat zusteht, ist ihm auch das Recht zum Abschluß des Beschäftigungsvertrages gegeben. Anders ist es dagegen bei der von der Generalversammlung auszuführen. Soweit er aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen daran verhindert war, wurde die Gesellschaft bei Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung durch den Aufsichtsrat vertreten. Er hatte also auch in diesem Falle den Anstellungsvertrag zu schließen. Daß die Generalversammlung zum Abschluß des Anstellungsvertrages besondere Bevollmächtigte berief, war allerdings erforderlich. Übertrug die Satzung das Bestellungsrecht einem Dritten, so war zweifelhaft, ob ihm auch das Anstellungsrecht übertragen war.

Nach § 75 AG bestellt nun der Aufsichtsrat die Vorstandsmitglieder. Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, so kann der Aufsichtsrat eines derselben zum Vorsitzer bestellen. Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzer widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vor-

165) RG 82/349.

166) Lehmann-Ring a. a. O. S. 13; Fischer in JW 26/614; RG 117/205; andere Meinung Brodmann Anm. 6 f.

167) Staub § 231 Anm. 16.

168) Juristische Rundschau 1925 No. 1652.

liegt. Die Bestellungsvorschrift gilt sinngemäß für den Anstellungsvertrag.

Es ist bei der Behandlung der Stellung des Aufsichtsrates als Kreationsorgan nach dem Gesetz zwischen der Bestellung und der Anstellung zu unterscheiden. Man muß deshalb vorweg diese beiden Begriffe klarstellen.

Bei der Gegenüberstellung nimmt man gewöhnlich an, die Bestellung sei die Rechtshandlung, die dem Bestellten nach außen die Stellung eines Vorstandsmitgliedes verleiht. Die Anstellung hingegen beziehe sich auf das Innenverhältnis. Man läßt sich dabei von dem Gedanken leiten, wie er in § 164 ff BGB zum Ausdruck kommt, daß die Vollmacht — die nach außen wirkende Legitimation — auf dem Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten beruht. So erklärt auch Schlegelberger[169]), unter dem Anstellungsvertrag sei der die Grundlage der Bestellung bildende schuldrechtliche Vertriag zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Vorstandsmitglied zu verstehen, der die gegenseitigen Rechte und Pflichten regelt. Die Bestellung dagegen sei die einseitige Berufung in den Verwaltungsträger Vorstand, ein rein körperschaftsrechtlicher Akt[170]). Gegen diese Annahme, wie sie auch der Gesetzgeber im Aktiengesetz zum Ausdruck bringt, hat Ritter[171]) grundsätzliche Bedenken. Er bezeichnet diese Auffassung als reine Konstruktion, der allerdings der Gesetzgeber irrtümlicherweise gefolgt sei. Der Irrtum des Gesetzgebers würde aber der Auslegung und Anwendung des Gesetzes kaum nachteilig sein. Er würde nur den alten, dem flutenden Leben ziemlich gleichgültigen Streit über das Wesen der Bestellung neu beleben. Wie faßt nun Ritter diesen Bestellungs- und Anstellungsvertrag auf, den der Gesetzgeber erwähnt? Obgleich das Gesetz selbst die Berufung in den Vorstand in zwei Rechtsakte auflöst, will er trotzdem diese Berufung als ein einheitliches Rechtsgebilde erfassen[172]). Die Bestellung sei ein körperschaftsrechtlicher Vertrag. Wenn daneben im Leben noch besondere Verträge bei der Berufung der Vorstandsmitglieder geschlossen würden, so hätten diese keine Bedeutung für die

169) § 75 Anm. 2.
170) Ähnlich Baumbach § 75 Anm. 2.
171) § 75 Anm. 2 h.
172) Ähnlicher Ansicht Godin in Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 38/596.

Berufung zum Vorstandsmitglied. In ihnen würden in der Regel nur Bestimmungen über die Vergütung usw. getroffen. Insoweit sei dieser daneben herlaufende Vertrag eine Ergänzung zum ersten.

Es ist nicht erkennbar, warum nicht der Bestellungsakt in die Bestellung als solche und die Anstellung aufgelöst werden soll. Das Gesetz selbst macht diesen Unterschied. Ritter bezeichnet das zwar als irrtümlich; wenn er darin einen körnerschaftsrechtlichen Vertrag sehen will, so wird doch ein derartiger Vertrag auch Rechte und Pflichten erzeugen, also ein Vertrag mit schuldrechtlichen Wirkungen sein. Dieses Zugeständnis macht Ritter auch. Er wendet insoweit auf den körperschaftsrechtlichen Vertrag Auftrags- oder Dienstvertragsrecht an. Ritter kommt somit auf diesem Weg mehr oder minder zu einem Auftrags- oder Dienstverhältnis. Er macht der h. L. den Vorwurf der Konstruktion. M. E. ist jedoch der von Ritter eingeschlagene Weg stärker konstruiert als der der h. L. Zweckmäßig ist es, die Berufung in den Vorstand, ähnlich wie bei der Stellvertretung, in die eigentliche Bestellung und dem zu Grunde liegenden Vertrag aufzulösen.

1. Das Bestellungsrecht, also die Berufung in den Verwaltungsträger Vorstand, steht nach dem neuen Recht ausschließlich dem Aufsichtsrate zu. Diese Bestimmung dient besonders dem Schutze der Minderheiten; sie wurde auch schon für das HGB empfohlen[173]). Es kann ihm weder durch die Satzung entzogen noch eine Beschränkung für ihn eingeführt werden. Der Aufsichtsrat aber kann dem Vorstand nicht das Recht einräumen, von sich aus weitere Vorstandsmitglieder zu bestellen. Man sprach hier von einer Kooptation. Dieses Recht, den Vorstand zu einer Zuwahl zu ermächtigen, ist deshalb zu verneinen, weil einzig und allein der Aufsichtsrat das Recht, aber auch die Pflicht hat, den Vorstand zu bestellen[174]). Wohl aber ist es zulässig, daß der Aufsichtsrat sein Bestellungsrecht von einem besonderen Ausschuß des Aufsichtsrates ausüben läßt[175]). Nach § 92, Abs. IV AG können Ausschüsse des Aufsichtsrates namentlich zu dem Zweck gebildet werden, die Verhandlungen und Beschlüsse des Aufsichtsrates vorzubereiten oder die Ausführung der Aufsichtsrats-

173) Juristische Rundschau 25/1652.
174) Schlegelberger § 75 Anm. 3.
175) Staub § 231 Anm. 20; Brodmann Anm. 5 d; JW 24/1144, 11; 37/1455; Schlegelberger § 75 Anm. 3.

beschlüsse zu überwachen. Allgemeine Rechtsauffassung[176]) ist es, daß der Aufsichtsrat den Ausschüssen auch die ihm kraft Gesetzes zustehenden Befugnisse zur selbständigen Erledigung übertragen kann. Die Grenze der Übertragbarkeit ist da zu ziehen, wo dem Aufsichtsrat die handelsgesetzlichen Mindesbefugnisse verbleiben d. h. es muß ihm der Aufgabenbereich belassen werden, der erforderlich ist, damit noch von einem Aufsichtsrat die Rede sein kann. Dazu gehört vor allem das sogen. Überwachungsrecht und als Ausfluß dessen das Recht zu Einberufung der Hauptversammlung. Die Mindestbefugnisse ergeben sich aus dem Recht und der Pflicht, den Jahresabschluß der Aktiengesellschaft zu prüfen und zu billigen. Der Aufsichtsrat kann jedoch nicht — wie oben bereits ausgeführt — die Bestellung des Vorstandes auf den Vorsitzer oder gar ein Einzelmitglied des Aufsichtsrates übertragen.

2. Nach dem Gesetz soll für den Anstellungsvertrag als den Vertrag, auf dem die Bestellung beruht, entsprechendes gelten wie für die Bestellung. Daraus ergibt sich, daß der Anstellungsvertrag nur von dem Aufsichtsrat geschlossen werden kann. Nur einen Ausschuß kann der Aufsichtsrat zum Abschluß des Vertrages ermächtigen. Dann handelt allerdings der Ausschuß für den Aufsichtsrat. Es ist in diesem Falle so anzusehen, als ob der Aufsichtsrat selbst den Vertrag abgeschlossen hätte.

§ 75 III AG bestimmt, daß der Aufsichtsrat die Bestellung zum Vorstandsmitglied und zum Vorsitzenden des Vorstandes widerrufen kann. Das Gesetz macht hier — ähnlich wie bei der Bestellung — einen Unterschied zwischen dem Widerruf der Bestellung und dem Anstellungsvertrag als solchem, wie der letzte Satz zeigt. Der Widerruf der Bestellung enthält also grundsätzlich nicht auch die Aufkündigung des zu Grunde liegenden Anstellungsvertrages. Er kann dies, wenn sich ein derartiger Wille ergibt, wohl enthalten, muß es aber nicht. Jedoch steht auch die Kündigung des Anstellungsvertrages dem Aufsichtsrat zu. Ähnlich wie der Widerruf kann aber auch die Kündigung des Anstellungsvertrages einem Ausschuß übertragen werden. Dies ergibt sich aus § 92 II AG. Andererseits ist es unzulässig, dem Vorsitzer diese beiden Aufgaben zu übertragen. Lediglich besteht die Möglichkeit, daß der Aufsichtsrat oder ein Ausschuß, der

176) Schlegelberger § 92 Anm. 41; JW 24/1144, 11.

dazu eingesetzt ist, den Widerruf und die Aufkündigung beschließt, und daß dann im Auftrag des Aufsichtsrates ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied dem Vorstand als Ganzem oder einem einzelnen Mitglied die Kündigung oder den Widerruf erklärt.

§ 17.

Prüfungs- und Berichterstattungspflicht des Aufsichtsrates.

In § 246 I HGB war die Bestimmung enthalten, daß der Aufsichtsrat „die Jahresrechnung, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnverteilung zu prüfen und darüber der Hauptversammlung Bericht zu erstatten hat".

Diese Pflicht hat auch der Aufsichtsrat im neuen Aktienrecht. Allerdings weicht die Vorschrift, was die Wortfassung anbetrifft, von der alten Gesetzesstelle ab. Im § 96 AG heißt es jetzt: „Der Aufsichtsrat hat den Jahresabschluß, den Vorschlag für die Gewinnverteilung und den Geschäftsbericht zu prüfen." Die beiden Worte „Jahresrechnung" und „Jahresabschluß" decken sich wohl und sollen das gleiche bedeuten. Anstelle des Wortes „Bilanzen" ist neuerdings das Wort „Geschäftsbericht" gewählt worden. Diese Änderung bedeutet nur eine Wortverschiedenheit, die im Interesse sprachlicher Reinheit gewählt worden ist. Es ist bedauerlich, daß der Gesetzgeber hier dem fortwährenden Streit kein Ende bereitet hat, ob der Aufsichtsrat auch verpflichtet ist, die Zwischenbilanzen zu kontrollieren oder nicht. Dies hätte bei der Neufassung leicht geschehen können. Zumindest wäre es einfach gewesen, in der amtlichen Begründung wenigstens einige Worte hierüber zu verlieren. Dies ist aber nicht geschehen und § 96 I AG „stellt nicht richtig", daß eine Prüfung der Zwischenbilanzen nicht gewollt ist[177]). Die H. L. nahm bisher eine Prüfungspflicht der Zwischenbilanzen an[178]). Auch Ritter[179]) bekennt sich wieder zu der H. L. im Gegensatz zu Schlegelberger[180]). M. E. ist es heute unbedingt mit dem Wesen und der Aufgabe des

177) Schlegelberger § 96 Anm. 2.
178) Staub § 246 Anm. 8; Brand Anm. 2 b; Makower § 146 Anm. 3 a; Goldmann § 246 Anm. 9; Lehmann Anm. 2; Ring a. a. O. S. 505; a. A. Goldschmit AG § 246 Anm. 11, AR S. 176.
179) § 96 Anm. 1.
180) § 96 Anm. 2.

Aufsichtsrates, die sich in der Hauptsache auf Überwachung bezieht, zu vereinbaren, wenn man sagt, daß es der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kontrollorgans entspricht, auch die Zwischenbilanzen zu prüfen; denn auch diese sind für den Stand der Gesellschaft wichtig.

§ 18.

Die Möglichkeit der Vertretung der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat.

Der Aufsichtsrat hat neben seiner Haupttätigkeit als Überwachungsorgan in bestimmten, vom Gesetz aufgeyählten Fällen, das Recht und auch die Pflicht, die Gesellschaft zu vertreten. Grundsätzlich ist dies dann der Fall, wenn die Gesellschaft einen Rechtsstreit mit dem Vorstand führt. Hier vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft[181]) und verpflichtet nicht etwa sich selbst, sondern diese. In einem solchen Falle ist der Aufsichtsrat bemerkenswerterweise gesetzlicher Vertreter der Aktiengesellschaft; er übt auch Funktionen der Geschäftsführung aus, die sonst nur vom Vorstand wahrgenommen werden.

Hier wird ausnahmsweise das Prinzip durchbrochen, daß der Vorstand die Gesellschaft führt und vertritt, während der Aufsichtsrat lediglich die Geschäftsführung zu überwachen hat. Diese Vorschrift war bisher im § 247 HGB enthalten; sie wurde nun, nur sprachlich verändert, in den § 97 AG übernommen.

§ 19.

Das Recht des Aufsichtsrates auf Einberufung der Hauptversammlung.

„Der Aufsichtsrat hat eine Hauptversammlung zu berufen, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert.“ Diese, in § 95 IV AG enthaltene Vorschrift, entspricht sachlich genau dem bisherigen Recht,

181) Nicht aber, wenn ein Vorstandsmitglied gegen die Gesellschaft klagt. RG in JW 17/516.

nach welchem die Einberufung dann zu geschehen hatte, wenn sie im Interesse der Gesellschaft erforderlich war (§ 246 II HGB).

Es würde sich insoweit bei Betrachtung der Themastellung erübrigen, näher auf die Einberufungspflicht des Aufsichtsrates einzugehen. M. E. ist es jedoch von Wichtigkeit, eine der Hauptstreitfragen näher zu berühren, nämlich die, wann eigentlich der Zeitpunkt gekommen ist, in dem das „Wohl der Gesellschaft" die Einberufung erfordert. Wann das der Fall ist, ist Tatfrage. Für das alte Recht wurde stets versucht, eine Norm aufzustellen, nach der die Auslegung geschehen könnte. Am berühmtesten ist die allerdings nirgends anerkannte Entscheidung des Reichsgerichtes vom 3. 5. 1903[182]). Der oberste Gerichtshof hat hier versucht, unter Begrenzung auf „wichtige, kostspielige und riskante" Geschäfte die vielgesuchte Norm zu finden. Diese Entscheidung wurde jedoch einmütig abgelehnt mit dem Hinweis, daß eine solche weitgehende Auslegung den gesamten Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft lahm legen würde. Simon[183]), nach dessen Ansicht die Hauptversammlung nicht oberstes Organ der Aktiengesellschaft ist[184]), hält eine Berufung nur dann für erforderlich, wenn es sich um die Beschlußfassung über Gegenstände handelt, die kraft Gesetzes der Hauptversammlung zugewiesen sind. Staub hat als Gutachter beim 27. Deutschen Juristentag einige recht brauchbare Anhaltspunkte gegeben, indem er die Befragung der Hauptversammlung dann für erforderlich hält, wenn einmal die Erledigung der fraglichen Angelegenheit über die Befugnisse des Aufsichtsrates hinausgeht und zum anderen es sich um „außergewöhnliche" Geschäfte handelt[185]). Die verschiedenen Versuche, im Gegensatz zum Reichsgericht zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen, besagen, wenn auch mit verschiedenen Worten bezeichnet, im wesentlichen immer das Gleiche.

Die verschiedenen geschilderten Ansichten werden m. E. auch im neuen Recht bestehen bleiben, und weitere werden dazukommen[186]). Niemals wird sich eine alles umfassende und in jedem Falle anwend-

182) Holdh. 12/197.
183) DJZ 04/778.
184) Simon § 250 Anm. 7.
185) Staub, Juristentag I S. 85, V.
186) Horrwitz S. 167; Lehmann DJZ 04/962; Staub § 253 Anm. 4; Brand Anm. 3 c; Liebmann, Holdh. 13/9; Rehm, Holdh. 04/239; Stern DJZ 04/965; Schindler a. a. O. S. 49; Schlegelberger § 95 Anm. 25; Ritter Anm. 5 d.

bare Formulierung finden lassen. Jedoch hat heute die Auslegung in einem anderen Rahmen zu erfolgen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß im alten Recht die Hauptversammlung oberster Willensträger war und als letzte und entscheidende Instanz im Gefüge der Aktiengesellschaft galt, war sie zuständig für alle Angelegenheiten, die ihr ausdrücklich durch Satzung entzogen waren. Damit war sie oberstes Willensorgan[187]). Sie war mithin in der Lage, die Leitung der Aktiengesellschaft selbst und ausschließlich in die Hand zu nehmen, nur beratend und ausführend unterstützt vom Vorstand und Aufsichtsrat. In einem solchen Falle forderte der Aufsichtsrat, wollte er nicht in dauernder Regreßgefahr schweben, bei möglichst vielen Gelegenheiten die Stellungnahme der Hauptversammlung. So mußte das „Interesse der Gesellschaft" sehr oft die Entscheidung des leitenden und obersten Organes nötig machen.

Völlig verändert ist dagegen heute die Sachlage. Erstens ist die Hauptversammlung nicht mehr oberster Willensträger der Aktiengesellschaft, zweitens hat sie keine Entscheidungsbefugnis in Geschäftsführungsangelegenheiten, wenn es der Vorstand nicht verlangt, und schließlich hat drittens der Vorstand nach § 70 AG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung so zu leiten, wie es das Wohl der Gesellschaft fordert, wobei er vom Aufsichtsrat unterstützt wird (§§ 74, 95 AG). Wenn man dazu noch § 103 AG heranzieht, nach welcher Vorschrift die Hauptversammlung grundsätzlich überhaupt nicht mit Fragen der Geschäftsführung befaßt werden soll, vielmehr der Vorstand hier als leitendes Organ der Gesellschaft selbständig handeln soll, so wird man, ohne eine genaue Norm gefunden zu haben, unter Berücksichtigung aller vorerwähnten Punkte, doch zu einer befriedigenden Lösung gelangen, die jedem Einzelfall in den verschiedensten Schattierungen gerecht wird.

§ 20.

Rechte des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand. (Das Recht auf Berichterstattung durch den Vorstand, Recht auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher.)

Um die Durchführung der Aufgaben des Aufsichtsrates zu gewährleisten, gibt das Gesetz diesem gewisse Rechte, von denen er bei

187) RG 68/178; 73/236; 89/375; 118/69.

Erfüllung seiner Aufgaben Gebrauch machen kann. Als wichtigstes wäre zunächst das Recht zu nennen, von dem Vorstand jederzeit Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu einem Konzernunternehmen verlangen zu können.

Diese Bestimmung des § 95 AG bedeutet nichts Neues; sie war bereits in § 246 HGB enthalten. Eine Änderung in dieser Beziehung hat sich hinsichtlich des I n h a l t e s der Berichterstattungspflicht ergeben. Während der § 246 HGB sagte, daß über „die Geschäftsführung in allen Zweigen der Verwaltung" zu berichten sei, spricht der § 95 AG lediglich von den „Angelegenheiten der Gesellschaft". Zum Verständnis und zur richtigen Auslegung der beiden Gesetzesstellen muß man in Betracht ziehen, daß der Inhalt des Berichterstattungsrechtes durch den Zweck der Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrates begrenzt wird[188]); die Berichterstattung wird also insoweit gefordert, als sich die Kontrolltätigkeit des Aufsichtsrates auf den Vorstand erstreckt. Hierdurch ist der Rahmen gegeben, den zu überschreiten, ein Mißbrauch des Rechtes des Aufsichtsrates sein würde. Damit ist aber auch die Grenze gezogen, welche die Gebiete in sich schließt, über die Bericht zu fordern, Pflicht des Aufsichtsrates ist.

Diese Berichterstattung kann nur vom Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit gefordert werden. Die Novelle von 1931 führte aber unter der Begründung, hiermit eventuellen Regreßansprüchen von Aufsichtsratsmitgliedern zu begegnen[189]), das Recht auf Berichterstattung durch ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrates ein, mit der Maßgabe, daß die Berichterstattung nur an den Aufsichtsrat als solchen verlangt werden kann. Dem Vorstand ist die Möglichkeit gegeben, diese von einem Einzelnen verlangte Berichterstattung abzulehnen, sofern nicht die geforderte Berichterstattung mindestens von einem Aufsichtsratsmitglied und bei einem Aufsichtsrat von mehr als 20 Mitgliedern von 2 anderen Aufsichtsratsmitgliedern unterstützt wird[190]). Die Erfüllung des Begehrens hängt bei Weigerung des Vorstandes heute von der Unterstützung durch den Vorsitzer ab gemäß der neuen Struktur des Aufsichtsrates mit der Stellung eines Vorsitzenden an der Spitze. Das Verlangen wird dann dasjenige des gesamten Auf-

188) Staub § 246 Anm. 4 e.
189) Erläuterung zum 1. Entwurf S. 100.
190) Staub § 246 Anm. 4 a.

sichtsrates darstellen. Die Zustimmung eines einzelnen Mitgliedes genügt also im Gegensatz zu früher nicht mehr.

Nicht berücksichtigt ist hier die Berichterstattungspflicht des Vorstandes nach § 81 AG (§ 239a HGB), die von dem Recht, Bericht zu fordern, scharf zu trennen ist[191]). Sie wurde bereits an anderer Stelle behandelt.

Dem Aufsichtsrat steht weiterhin das Recht der Einsichtnahme in Bücher, Schriften usw. der Gesellschaft zu, um eine einwandfreie Überwachungstätigkeit sicherzustellen. Die Duldungspflicht des Vorstandes, die Einsichtnahme zu gestatten, wird hierdurch gesetzlich begründet. Die diesbezügliche Vorschrift des § 246 HGB ist fast unverändert in das Aktiengesetz übernommen worden. Lediglich die äußere Fassung hat eine Änderung erfahren, da § 246 HGB genau umrissen aufzählt, in welche Vermögensgegenstände der Aufsichtsrat Einsicht nehmen kann. Allerdings wurde die an und für sich erschöpfende Aufzählung von der H. L. lediglich als beispielhaft angesehen und auf alle Vermögensgegenstände erweitert[192]). Dieser zu Recht bestehenden Ansicht trägt das neue Aktiengesetz Rechnung, indem es jetzt in § 95 III AG anführt, daß der Aufsichtsrat „... Vermögensgegenstände, namentlich ..." einzusehen und zu prüfen berechtigt ist.

§ 21.

Die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit.

Bei der Prüfung der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nach altem und neuem Aktienrecht ist ähnlich wie beim Vorstand festzustellen, daß die Mitglieder des Aufsichtsrates nicht mehr mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ihre Aufgaben zu erfüllen haben. Sie haben vielmehr nach der neuen Regelung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 99 AG). Die Haftung des Aufsichtsrates ist derjenigen des Vorstandes weitgehend angepaßt. Nach altem Aktienrecht dagegen war die Haftung für die sogen. Sondertatbestände des § 241 Abs. III HGB anders als die des Vorstandes geregelt. Da die Aufsichtsratsmitglie-

191) Klausing a. a. O. S. 264.
192) Makower § 246 Anm. III a 1; Brand Anm. 2 d.

der der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht so nahe standen wie die Vortandsmitglieder und demzufolge in die Tätigkeit des Vorstandes keinen solchen Einblick hatten, so hatte der Gesetzgeber bestimmt, daß in den Fällen der Sondertatbestände die Aufsichtsratsmitglieder nur dann von einer Haftung betroffen wurden, wenn der Vorstand mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten Gesetzeswidrigkeiten beging. Im Gegensatz dazu bestimmt § 99 AG, daß die Aufsichtsratsmitglieder in gleicher Weise wie die Vorstandsmitglieder verantwortlich sind. Die Sondertatbestände des § 84 III AG sind also nicht mehr gesondert behandelt. Diese Änderung wird durch die neue Stellung des Aufsichtsrates gerechtfertigt. Er soll tatsächlich ein Überwachungsorgan sein, das seine Pflichten voll und ganz erfüllt.

Ist der Aufsichtsrat nun, ebenso wie der Vorstand, auch den Gläubigern gegenüber unmittelbar verantwortlich? Nach § 99 AG finden für die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder die hierfür geltenden Vorschriften der Vorstandsmitglieder in § 84 AG sinngemäß Anwendung. Bedeutet das, daß auch Abs. V des § 84 AG anzuwenden ist, können mithin die Gläubiger der Gesellschaft unter den in § 84 V AG gemachten Voraussetzungen die Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen? Lenze[193]) spricht lediglich von einer Haftung des Aufsichtsrates gegenüber der Gesellschaft. Es ist aber anzunehmen, daß infolge der Verweisung des § 99 AG der gesamte § 84 AG für die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates sinngemäß anzuwenden ist, also auch § 84 V AG. Es würde nicht richtig sein, eine solche Rechtsstellung der Gläubiger der Gesellschaft auszuschließen, nachdem im alten Aktienrecht gemäß § 249 HGB der Aufsichtsrat in den Fällen des Abs. III, Ziff. 1—6, also in den Fällen der sogen. Sondertatbestände, auch den Gläubigern gegenüber haftete[194]). Da wir zu der Annahme kommen, daß die Haftung in gleicher Weise wie beim Vorstand gestaltet ist, genügt an dieser Stelle die Verweisung auf die Ausführungen anläßlich der Behandlung der Haftung des Vorstandes[195]).

193) a. a. O. S. 49.

194) Brodmann § 249.

195) Ritter und Schlegelberger behandeln zwar in der Anmerkung zum § 99 AG die Haftung des Aufsichtsrates, nehmen aber keine Stellung zu der Frage, ob auch die Gesellschaftsgläubiger etwaige Ersatzansprüche gegenüber den Aufsichtsrats-

§ 22.

Die vermögensrechtliche Stellung der Aufsichtsratsmitglieder.

Eines besonderen Hinweises bedarf noch die veränderte Stellung der Aufsichtsratsmitglieder, soweit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche gegenüber der Aktiengesellschaft handelt. Etwa gleichartig wie beim Vorstand war im alten HGB nur in § 245 eine Bestimmung über die Berechnung der Vergütung gegeben, wenn diese in einem Anteil am Jahresgewinn bestand. In Abs. II war die Möglichkeit einer Herabsetzung der Vergütung vorgesehen, wenn diese durch die Satzung bestimmt war; sie konnte durch einfache Stimmenmehrheit durch die Generalversammlung bestimmt werden. Schließlich etnhielt der Abs. III eine Sondervorschrift für die Bewilligung einer Vergütung an den ersten Aufsichtsrat. Das Wesentliche aber, die Festsetzung der Höhe der Vergütung, stand im freien Ermessen der Generalversammlung[196]). Alleinige Grenzen der Vertragsfreiheit waren die allgemeinen Bestimmungen über das Gebot sittenwidriger oder wucheriger Vereinbarungen. Das Aktiengesetz schränkt im Gegensatz hierzu — ähnlich wie beim Vorstand — die Vertragsfreiheit erheblich ein, sodaß heute den Aufsichtsratsmitgliedern nur eine solche Vergütung gewährt werden kann, die mit ihren Aufgaben oder mit der Lage der Gesellschaft in Einklang steht (§ 98 I 1 AG). Ähnlich wie bei der Festsetzung der Vergütung der Vorstandsmitglieder ist auch bei der Feststellung der Höhe der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder eine wesentliche Änderung eingetreten. Während bisher ohne Rücksicht auf die Lage des Unternehmens das Aufsichtsratsmitglied seine Vergütung verlangen konnte, wird durch das neue Aktiengesetz in § 98 I AG dem Umstand Rechnung getragen, daß jede Aktiengesellschaft einen Betrieb darstellt, also personenrechtlich eine Gemeinschaft bildet, zu der auch die Gefolgschaftsmitglieder gehören[197]). § 98 AG berücksichtigt außerdem, daß der Unternehmer nicht nur sein eigenes Interesse im Auge haben

mitgliedern geltend machen können. Offensichtlich unterbleibt eine derartige Erörterung, weil durch die Verweisung des § 99 AG auf § 84 AG es selbstverständlich erscheint, daß die Haftung auch den Gläubigern gegenüber in gleicher Weise vom Gesetzgeber gewollt ist wie die Haftung des Vorstandes.

196) Deutsches Aktienrecht 37/272.

197) Vgl. §§ 1 ff AOG

darf, sondern als Leiter eines der deutschen Volkswirtschaft dienenden Unternehmens auch dessen Interesse im Auge zu behalten hat. Die Wandlung, die § 98 AG bringt, besteht darin, daß nur eine solche Vergütung den Aufsichtsratsmitgliedern gewährt werden darf, die mit der Lage der Gesellschaft und der Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder in Einklang steht, also eine Beschränkung der Höhe nach, die allerdings nicht absolut feststeht. Im übrigen ist in gleicher Weise wie im alten Recht die Berechnungsart der Vergütung aufrecht erhalten worden. Der Gedanke der Betriebsgemeinschaft kommt auch darin zum Ausdruck, daß nach § 98 IV AG die Gewinnbeteiligung gegenüber den sozialen Leistungen des Betriebes in einem angemessenen Verhältnis stehen soll, d. h. die Gewinnbeteiligung kann nur im Verhältnis zu den Aufwendungen für die Gefolgschaft oder im Verhältnis zu den gemeinnützigen Einrichtungen zugebilligt werden. Dabei ist unter Aufwendungen zu Gunsten der Gefolgschaft, ähnlich wie in § 77 AG[198]), nicht der Lohn oder die Abgabe auf Grund der RVO usw. gemeint, sondern eine freiwillige Hingabe von Vermögenswerten zur besseren Gestaltung der Lebenslage der Gefolgschaft (über die Frage: „Was sind freiwillige Sozialleistungen?" vergl. Soziale Praxis 38/289).

Eine weitere Aufgabe des Aufsichtsrates, die durch die veränderte Stellung des Vorstandes hinsichtlich der Gewinnbeteiligung begründet ist, wurde in § 77 AG niedergelegt[199]).

§ 77 I AG bestimmt, daß den Vorstandsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine Beteiligung am Jahresgewinn gewährt werden kann, die in der Regel in einem Anteil an denselben bestehen soll. § 237 HGB war nicht so klar gefaßt und hatte daher auch zu mancherlei Streitfragen Anlaß gegeben. Der Grundgedanke dieser Vorschrift ist übernommen worden. Eine Vergütung für den Vorstand in Form einer Beteiligung am Jahresgewinn wurde unter weitgehender Berücksichtigung sozial- und wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte als durchaus berechtigt, ja als erwünscht angesehen, um den Vorstand als Leiter des Unternehmens — ähnlich wie persönlich haftende Gesellschafter — mit dem Erfolg bezw. dem Mißerfolg des Betriebes zu verknüpfen. Der Unternehmereigenschaft des Vorstandes einer

198) Vgl. hierzu die Ausführungen unter Kapitel „Der Vorstand".
199) Vgl. Herold, B.-A. 38/518; Bengs JW 38/712.

Aktiengesellschaft entspricht es insbesondere, ihm eine Beteiligung an dem wirtschaftlichen Erfolg des Betriebes zu gewähren[200]). Jedoch hatten sich in § 237 erhebliche Mängel bezüglich der Tantièmeberechnung ergeben, die es abzustellen galt. Die Berechnungsart des § 237 HGB führte zu dem unbilligen Ergebnis, daß ein Vorstandsmitglied, welches Rücklagen für die Gesellschaft bildete, hiervon nichts erhält, während das Vorstandsmitglied, welches sie zum Zwecke der Ausschüttung eines Gewinnanteils verbraucht, hieraus Vorteile zieht[201]). Der § 77 stellt deshalb eindeutige und zwingende Berechnungsvorschriften hierfür in der Form auf, daß zunächst der Reingewinn — der Begriff ist in § 131 III AG definiert — berechnet wird. Vor Feststellung des endgültigen Betrages, der der Gewinnbeteiligungsrechnung zu Grunde gelegt wird[202]), und das ist neu im Aktiengesetz, wird heute der Gewinnteil abgezogen, der durch eventuelle Auflösung von Rücklagen entstanden ist. Diese Vorschrift entspricht dem gesunden Empfinden, denn Gewinnbeträge aus Auflösung von Rücklagen sind kein im Geschäftsjahr verdienter, also tantièmepflichtiger Gewinn. Da die Vorschrift im öffentlichen Interesse erlassen ist, sind anderslautende Vereinbarungen sowie Hauptversammlungsbeschlüsse nichtig[203]). Es könnte jedoch der Fall eintreten, daß ein Vorstandsmitglied, das seinen eigenen Gewinn vergrößern will, deshalb keine Rücklagen bildet, um dadurch die Summe, die für die Tantièmeberechnung maßgebend ist, möglichst hoch zu halten. Um das zu verhüten, mußte an dieser Stelle der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan eingefügt werden. So wie er zunächst die gesamte Geschäftsführung zu überwachen hat, also auch darauf achten muß, daß eventuell nötige Rücklagen gebildet werden, ist ihm andererseits im § 77 II 3 AG die Möglichkeit gegeben, die Bestimmung zu treffen, daß unter gewissen Umständen der Betrag, der zur Bildung von Rücklagen verwandt werden soll, nicht vor der Tantièmeberechnung abgesetzt wird, wie es meist z. B. beim Gewinnvortrag geschehen wird. Aber der Gesetzgeber hat hierbei noch an einen wichtigeren Fall gedacht, bei dem die Vorstandsmit-

200) Soziale Praxis 38/480.
201) Begründung 1937.
202) Vgl. hierzu Dietrich in JW 37/650; Hefermehl: Zum Reingewinnbegriff des Aktiengesetzes, JW 37/3069; Bengs JW 38/710.
203) Begründung 1937.

glieder gerade durch vorsichtige Geschäftsführung nicht in ihrem Gewinn geschmälert werden sollen.

In der Praxis kommt es sehr oft vor, daß ein ordentliches Vorstandsmitglied vorsichtshalber Rücklagen bildet, die, wie sich erst später ergibt, nicht nötig waren. Durch diese Vorschrift würde das Vorstandsmitglied insoweit benachteiligt sein, als es von dem tatsächlich verdienten Gewinn weder bei Rückstellung noch bei Auflösung der Rücklagen den ihm zustehenden Gewinnanteil erhalten würde. Um diese Unbilligkeit auszugleichen, wurde der Aufsichtsrat ermächtigt, obige Bestimmung zu treffen.

Eine weitere wichtige Neuerung bezw. Aufgabe für den Aufsichtsrat ist die, daß er Sorge dafür zu treffen hat, daß die Gewinnbeteiligung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufwendungen stehen sollen, die zu Gunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen gemacht werden, die dem gemeinen Wohl dienen (Abs. III). Mit Erlaß dieser sozialpolitischen Vorschrift sollte einmal eventuell auftretenden Mißständen vorgebeugt werden, zum anderen sollte diese Bestimmung, der veränderten Wirtschaftsauffassung des Nationalsozialismus entsprechend, festlegen, daß nicht nur die leitenden Persönlichkeiten an dem Gewinn der Gesellschaft teilhaben, sondern, der Einheit von Führung und Gefolgschaft entsprechend, auch letztere ihren Anteil erhalten sollen. Um keinen Zweifel über den Umfang der zu berücksichtigenden Aufwendungen entstehen zu lassen, bezeichnet die Begründung 1937 negativ, was nicht unter „Aufwendungen" zu verstehen ist, nämlich: Löhne, Gehälter und soziale Abgaben. Dies ist zweifellos aber nicht als erschöpfende Aufzählung gedacht, was sich im übrigen von selbst versteht, denn diese und ähnliche Beträge sind Ausgaben der Aktiengesellschaft, die sie jederzeit pflichtgemäß zu leisten hat, und es handelt sich nicht um freiwillige Aufwendungen. Man würde also etwa als Verhältnisbeträge folgende zu nennen haben: KdF-Reisen, Weihnachtsgratifikationen, Gefolgschaftsgärten, WHW, Pensionskassen usw.[204]).

Der Gesetzgeber glaubt nicht, daß zur Einhaltung dieses Gebotes irgendwelcher Zwang ausgeübt werden muß. Er erwartet, daß der Aufsichtsrat seiner Überwachungspflicht nachkommt und für unbedingte und großzügige Einhaltung dieses Gebotes des § 77 III AG

204) Vgl. hierzu Mansfeld in Deutsches Arbeitsrecht 37/276.

sorgt. Sollte jedoch der Fall einmal anders liegen, so ist, um dem öffentlichen Interesse gerecht zu werden, staatlicher Zwang insofern vorgesehen, als der Staatsanwalt die Einhaltung dieses Gebotes im Klageweg erzwingen kann[205]). Die rechtskräftige Festsetzung des zurückgewährenden Betrages wirkt wie ein Urteil, nach dem der Empfänger das zu viel Erhaltene zurückgewähren muß, eventuell die Aktiengesellschaft sogar vollstrecken kann.

Jeder wird erkennen, in welch großzügiger Weise hier der Gesetzgeber in Bezug auf die Gewinnverteilung dem Volksganzen Rechnung trägt und wie dadurch im Gegensatz zu früher die Freiheit des Einzelnen zu Gunsten des gesamten Betriebes, entsprechend dem Grundsatz: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" eingeschränkt ist.

IV. Kapitel:

Der Vorstand und Aufsichtsrat nach altem und neuem Aktienrecht, betrachtet unter leitenden Gesichtspunkten.

In den bisherigen Abschnitten wurden die Untersuchungen so gestaltet, daß die Rechtssätze, soweit sie sich als wesentlich erwiesen, einander gegenübergestellt wurden, so daß die sich ergebenden Unterschiede deutlich hervortraten. Wie in der Einleitung bereits darauf hingewiesen wurde, war es selbstverständlich, daß bei diesem Vorgehen die das Aktienrecht beherrschenden leitenden Gesichtspunkte in den Hintergrund treten mußten. Da es aber die leitenden Prinzipien sind, die das Wesen eines Gesetzes erkennen lassen, muß sich das abschließende Kapitel der vorliegenden Darstellung mit diesen beschäftigen.

§ 23.

Die Stellung von Vorstand und Aufsichtsrat als Organ.

Bei der Betrachtung der Reformbestrebungen der Nachkriegszeit zum Aktienrecht stößt man immer wieder auf das Verlangen einer neuen Ordnung der Verfassung der Aktiengesellschaft. Schlegelberger faßt diesen Reformvorschlag dahingehend zusammen, daß der Grund-

205) Vgl. Herbig DJ 37/1605; § 8, 1. Durchführungsverordnung.

satz, die Hauptversammlung sei oberstes Organ der Aktiengesellschaft, fallen gelassen werden müsse. Nicht die Macht der großen Aktionäre, nicht die Mehrheit in der Hauptversammlung sollten über das Geschick der Aktiengesellschaft entscheiden, wie es bisher dem politischen Prinzip der Demokratie entsprechend der Fall war, sondern Leiter der Gesellschaft soll ein ein- oder mehrgliedriger Vorstand werden. Andererseits stellte er die Forderung auf, daß die Machtbefugnisse, die in der Leitung der Aufsichtsrat an sich gerissen hatte, diesem wieder abgenommen werden sollten. Der Aufsichtsrat hatte nämlich durch Satzungsbestimmungen oder vertragliche Abmachungen, die durch das Aktiengesetz an sich nicht verboten waren, den Vorstand seiner gesetzlichen Macht entkleidet und ihn zu seinem Ausführungsorgan gemacht[206]).

Im Aktienrecht des HGB war die selbständige Leitung der Aktiengesellschaft dem Vorstand in die Hand gegeben und zwar unabhängig vom Aufsichtsrat. Nicht in voller Unabhängigkeit war dagegen der Vorstand bei seiner Leitung gegenüber der Hauptversammlung. (Es war allerdings bestritten, ob die Hauptversammlung das oberste Organ bildete und der Vorstand ihr unterstellt sei; vielfach wurde behauptet, daß Vorstand und Aufsichtsrat als gleiche Organe nebeneinander standen.)

Im folgenden soll zur Darstellung gebracht werden, in welcher Weise die Machtverschiebung zwischen Vorstand und Hauptversammlung einerseits und Vorstand und AOufsichtsrat andererseits sich vollzogen hat. Zum Ausgangspunkt der Untersuchungen soll die Machtverschiebung zwischen Vorstand und Hauptversammlung gemacht werden.

Den Weg, den der Gesetzgeber eingeschlagen hat, zeigen klar und deutlich die §§ 70 und 71 AG. Hier ist unumstößlich der Grundsatz aufgestellt, daß der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten und sie gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten hat. Von der Leitung und Vertretung ist die Hauptversammlung und sind damit auch die Aktionäre ausgeschlossen. Der Hauptversammlung sind jegliche Leitungsbefugnisse genommen worden. Entsprechend dem Wesen der Aktiengesellschaft als einem vermö-

206) Schlegelberger, Rede vor der Wirtschaftskammer in Hamburg 1935 S. 23. — Kaßkalt: in Akademie f. Dt. Recht, 1934, Nr. 1 S. 20 ff, Nr. 5 S. 249 ff.

gensrechtlichen Zusammenschluß hat aber der Gesetzgeber der Hauptversammlung jene Befugnisse gelassen, die in Zusammenhang mit der Inhaberfrage hinsichtlich des Unternehmens stehen. Unmittelbarer Inhaber des Unternehmens ist die Aktiengesellschaft selbst; wirtschaftlicher Inhaber dagegen sind die Aktionäre. Insoweit man nun gerade aus der Aktionärstellung heraus einen Einfluß auf die Aktiengesellschaft erkennen konnte, mußten diese Rechte den Aktionären, d. h. ihrer Versammlung, verbleiben.

Als erstes derartiges Recht ist dasjenige der Hauptversammlung zu nennen, den Aufsichtsrat zu wählen und abzuberufen. Hiervon gibt es zwar Ausnahmen, aber diese sind grundsätzlich nur zu Gunsten der Aktionäre getroffen. Bei der Einheitsgründung wird der erste Aufsichtsrat von den Gründern bestellt, d. h. von denjenigen Personen, die Aktien übernommen haben. Nach § 88 AG kann die Satzung bestimmten Aktionären oder den jeweiligen Inhabern bestimmter Aktien das Recht einräumen, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden. Als weitere Befugnis, die der Hauptversammlung verbleiben mußte, ist in §§ 122—125 AG das Recht auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstand und Aufsichtsrat, gegen Gründer und Gründergenossen und gegen die Emittenten von Aktien geregelt. Hierher gehören auch alle jene Befugnisse, die mit der Satzungsänderung oder Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals zusammenhängen.

Nach § 145 AG bedarf jede Satzungsänderung des Beschlusses der Hauptversammlung. Lediglich Änderungen, die nur die Fassung der Satzung betreffen, kann die Hauptversammlung dem Aufsichtsrat übertragen. Ähnliches bestimmen §§ 149 und 175 AG für die Kapitalherabsetzung, die ausdrücklich den Aktionären bzw. der Versammlung der Aktionäre vorbehalten ist. Im weiteren sind es folgende Rechte:

1. jede Minderheit von Aktionären, die mindestens 5% des Gesamtkapitals vertritt, kann die Einwilligung der Hauptversammlung verlangen (§ 106 AG);
2. das Recht der Bestellung der Sonderprüfer und Abschlußprüfer steht der Mitgliederversammlung zu (§§ 108, 136 AG);
3. über die Auflösung, die Verschmelzung und die Umwandlung der Aktiengesellschaft beschließt die Hauptversammlung (§§ 203 I 2, 215, 234, 247, 257);

4. die Hauptversammlung faßt Beschluß über etwaige Vermögensübertragungen und Gewinngemeinschaften (§§ 253, 256 AG).

Die Leitung der Aktiengesellschaft selbst ist aber im weitesten Sinne dem Vorstand vorbehalten. Bisher stand die Feststellung des Jahresabschlusses ausschließlich der Hauptversammlung zu; nach neuem Recht hat dagegen der Vortand den Jahresabschluß aufzustellen, über die Gewinnverteilung und den Geschäftsbericht zu entscheiden. Diese Verschiebung der Befugnisse war deshalb geboten, weil die Geschäftsführung einzig und allein dem Vorstand zusteht und die Aufstellung des Jahresabschlusses, der Gewinnverteilung und des Geschäftsberichtes mit der Geschäftsführung in enger Verbindung steht. Durch diese neue Regelung ist diejenige Stelle zur Festsetzung des Jahresabschlusses berufen, die hierzu im Hinblick auf die enge Verbundenheit mit dem Unternehmen vermöge ihres Einblicks in die Geschäfte und die Lage der Gesellschaft und infolge ihrer Sachkunde weit geeigneter erscheint als die Hauptversammlung, deren Entscheidung leicht von zufälligen Mehrheiten und unvorhergesehenen Gruppenbildungen abhängig sind[207]).

Bei der Gewinnverteilung ist aber die Regelung derart getroffen, daß über die Verteilung als solche die Hauptversammlung entscheidet, dagegen darüber, wie weit ein verteilungsfähiger Gewinn vorhanden ist, der Vorstand (§ 126 AG). Bei der Entscheidung der Frage, in welcher Höhe Rücklagen gemacht werden, ist der Hauptversammlung jedes einzelne Recht entzogen.

Man sieht, daß weitgehend der Einfluß der Hauptversammlung beschränkt worden ist. Es war aber notwendig, irgendwie den Aktionären, die durch ihr Kapital die Gründung und den Bestand der Aktiengesellschaft ermöglichten, ein Einflußrecht auf den Vorstand einzuräumen. Im Gesetz finden sich verschiedene Möglichkeiten, wie die Hauptversammlung, wenn auch abgeschwächt, im Vergleich zum früheren Recht gegenüber dem Vorstand ihren Willen zur Geltung bringen kann. Jeder Aktionär kann in der Hauptversammlung über alle Angelegenheiten der Gesellschaft, soweit sie mit dem Gegenstand der Verhandlung in der Hauptversammlung in Zusammenhang stehen, Auskunft verlangen (§ 112 AG). Diese Auskunft hat der Vorstand zu erteilen und darf sie nur dann verweigern, wenn

207) Schlegelberger § 125 Anm. 1.

überwiegende Belange der Gesellschaft oder eines beteiligten Unternehmens oder der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern.

Grundsätzlich kann der Aktionär, soweit die Auskunft zu unrecht verweigert oder nicht richtig erteilt wird, gegen die Gesellschaft auf Auskunfterteilung klagen[208]). Das Gericht hat dann grundsätzlich auf Erteilung der Auskunft zu erkennen. Hat jedoch der Vorstand die Auskunft mit Verweis auf § 112 III AG verweigert und ist ihm bei Entscheidung dieser Frage kein Ermessensmißbrauch unterlaufen, so ist das Gericht für eine Entscheidung nicht zuständig. Die grundlose Verweigerung kann weiterhin zu einer Kündigung des Vorstandes führen, indem der Aktionär sich an den Aufsichtsrat wendet. Außerdem ist in der Verletzung der Auskunftspflicht ein Anfechtungsgrund zu sehen. Eine Erörterung dieser Anfechtung fällt jedoch außerhalb des Rahmens der vorliegenden Untersuchung.

Über die Geschäftsführung als solche hat die Hauptversammlung nur dann ein Entscheidungsrecht, wenn es der Vorstand ausdrücklich verlangt (§ 103 II AG). Die Hauptversammlung kann auch dadurch einen Einfluß auf den Vorstand ausüben, daß sie dem Vorstand die Entlastung, über die sie nach § 104 AG zu beschließen hat, verweigert. Eine solche Entlastungsverweigerung wird sich dann wiederum für den Aufsichtsrat als wichtiger Grund darstellen, den Vorstand zu entlassen. Dieses ergibt sich ausdrücklich aus der amtlichen Begründung, die ausführt, daß der Umstand, daß die Hauptversammlung einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen hat, selbstverständlich stets ein wichtiger Grund sei.

Man sieht also, daß der Gesetzgeber grundsätzlich die Organisation des Vorstandes so gestaltet hat, daß dieser der Alleinherrscher der Aktiengesellschaft ist. Um aber auch die Interessen der Aktionäre nicht ganz unberücksichtigt zu lassen, hat man diesen gewisse Rechte gegeben, die im wesentlichen bereits schon ausführlich besprochen wurden.

In den einleitenden Sätzen dieses Abschnitts wurde darauf hingewiesen, daß eine der Hauptforderungen der Reform jene war, die eine Verstärkung der Macht des Vorstandes verlangte. Bisher wurde unter diesem Gesichtspunkt lediglich die Machtverschiebung zwischen

208) Schlegelberger § 112 Anm. 9; Ritter Anm. 3 b.

Vorstand und Hauptversammlung betrachtet. In der Behandlung der Frage der Machtverschiebung ist im folgenden auf das Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat einzugehen.

Nach dem HGB war der Aufsichtsrat grundsätzlich das Kontrollorgan, während aHndlungsorgan der Aktiengesellschaft der Vorstand sein sollte. Jedoch sah die Regelung des HGB die Möglichkeit vor, daß der Aufsichtsrat jeglicher Handlung des Vorstandes entgegentreten konnte. So war es durch Satzungsumwandlung nach der herrschenden Lehre gemäß § 235 HGB möglich — und das Gleiche konnte auch im Anstellungsvertrag festgesetzt werden —, daß für bestimmte Rechtsgeschäfte oder für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften die Zustimmung des Aufsichtsrats eingeholt werde, und daß dort, wo sich der Aufsichtsrat zu Anordnungen veranlaßt sah, der Vorstand Folge leisten mußte[209]). Es bestand sogar die Möglichkeit, daß die gesamte Geschäftsführung in die Hand des Aufsichtsrates gelegt wurde. § 246 III HGB bestimmte nämlich, daß weitere Obliegenheiten des Aufsichtsrates durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden konnten. Über diesen Abs. 3 entwickelte sich in der Rechtsprechung und dem Strifttum ein Streit; es handelte sich dabei um die Frage, wie weit auf Grund des § 246 III HGB die Möglichkeit gegeben war, den Aufsichtsrat zu einem Verwaltungsrat zu gestalten. Im praktischen Leben hatte man sich um die in diesem Zusammenhang entstandene Frage wenig gekümmert und tatsächlich dem Aufsichtsrat mitunter die ganze Geschäftsführung übertragen. Nach außen, d. h. einem Dritten gegenüber blieb zwar der Vorstand der Handelnde, aber bezüglich des Innenverhältnisses war er an die Weisungen des Aufsichtsrates gebunden, denn diesem stand ja die Geschäftsführung zu. So kam es allmählich, wie schon im ersten Teil ausgeführt, dazu, daß der Herrschende der Aufsichtsrat wurde und sein Ausführungsorgan der Vorstand war. Diese Kräfteverschiebung fand noch dadurch eine Verstärkung, daß nach dem HGB die Möglichkeit bestand, den Widerruf der Bestellung des Vorstandes in die Hand des Aufsichtsrates zu legen und dieser Widerruf jederzeit vorgenommen werden konnte. (§ 231 III HGB.) In Rechtsprechung und Praxis war man sich zwar darüber, ob die Verwaltung der Aktiengesellschaft in die Hand des Aufsichtsrats ge-

209) RG in Holdh. 98/86.

legt werden dürfe, nicht einig, aber es waren nur wenige Stimmen, die sich dagegen aussprachen[210]). Wie sich aus diesen Ausführungen ergibt, war nach dem HGB Leiter des Unternehmens der Vorstand und Kontrollorgan der Aufsichtsrat. Jedoch waren aber Möglichkeiten vorgesehen, die es dem Verkehr ermöglichten, die gesetzliche Regelung völlig zu ändern. Diesem Zustand abzuhelfen, war eine der Hauptaufgaben der Reform. Für das neue Aktienrecht ist folgender Satz grundlegend: Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Dadurch ist in Verbindung mit § 70 AG festgestellt, daß der Vorstand unabänderbar der Leiter des Unternehmens der Aktiengesellschaft ist. Zwar erleidet dieser Grundsatz durch die Vorschrift des § 95 V 2 AG eine Einschränkung, wonach die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen können, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrat vorgenommen werden könen. Nicht wollte der Gesetzgeber durch diese Vorschrift den Aufsichtsrat zu einem Verwaltungsrat gestalten. Vielmehr soll bei gewissen Geschäften der Aufichtsrat herangezogen werden, um — wie Schlegelberger sagt — auf dem Laufenden zu bleiben und nicht durch den Abschluß dieser Geschäfte überrascht zu werden[211]). Durch diese Vorschriften des § 70 und § 95 AG dürfte jedem Versuch, den Vorstand aus der Geschäftsführung zu verdrängen, ein Riegel vorgeschoben sein.

Man könnte nun sagen, der Aufsichtsrat bestellt sowohl den ersten als auch die weiteren Vorstände, also steht ihm auch das Abberufungsrecht zu. Es ist richtig, daß auf diese Weise der Aufsichtsrat mittelbar einen Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen kann. Diese mittelbare Einflußnahme bedeutet aber einerseits keine Gefahr für die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes und ist andererseits entsprechend dem Wesen des Aufsichtsrates als Kontrollorgan erforderlich. Eine Gefahr bedeutet es deshalb nicht, weil anders als im bisherigen Recht der Widerruf der Bestellung des Vorstandes auf die Fälle des wichtigen Grundes beschränkt bleibt (§ 75 III AG). Notwendig war aber diese Möglichkeit der Abberufung deshalb, weil der Aufsichtsrat für die Gesamtgeschäftsführung der Aktiengesellschaft verantwortlich ist, also für diejenige Leitung, wie sie der

210) Vgl. Brodmann § 246 Anm. 5; Pinner Anm. 10; Goldschmit, AR Anm. 107; Brand Anm. 4; Mot. 1884, 75, 1.

211) Schlegelberger § 95 Anm. 30.

Vorstand gestaltet. Deshalb mußte ihm auch die Möglichkeit eines Vorgehens gegen einen Vorstand gegeben werden, der die Aktiengesellschaft nicht mehr ordnungsgemäß leitet.

Die Ausführung dieses Abschnittes lassen also erkennen, daß der Gesetzgeber eine scharfe Abgrenzung der Tätigkeitsgebiet der drei Organe zueinander vorgenommen hat.

§ 24.

Die Verwertung des Führergedankens bei der Neugestaltung des Rechtes von Vorstand und Aufsichtsrat.

Seit Beginn des 19. Jahrhunderts wurde es üblich, daß staatsrechtliche Begriffe, insbesondere die Art der Staatsführung, so wie sie jeweils allgemeine Anerkennung fand, in das Wirtschaftsleben einzuführen. So war z. B. das ganze 19. Jahrhundert und der Anfang des 20. Jahrhunderts von dem sogenannten Mehrheitsprinzip beherrscht. Der Grundsatz, daß die Zahl entscheiden solle, ist das Kennzeichen des heute so oft zitierten, sogenannten „liberalen" Zeitalters. Dieses Prinzip, bei dem nicht der Wille einer Persönlichkeit der entscheidende Faktor ist, nennt Adolf Hitler: „Die Flucht in die Verantwortungslosigkeit". Dieses, das Staatsleben beherrschende Prinzip, einmal schwächer — einmal stärker, verschaffte sich auch Eingang in das Aktienrecht. Die entscheidenden Befugnisse finden wir in der Hand der Generalversammlung, in der jeder Aktionär entsprechend seinem Interesse, das er an der Aktiengesellschaft hatte, sein Stimmrecht ausübte, ohne daß dabei das Wohl der Aktiengesellschaft berücksichtigt wurde. Man überließ es dem Zufall, wie eine Entscheidung ausfiel; verantwortlich dafür fühlte sich keiner der Aktionäre, da die Entscheidung regelmäßig wohl auch ohne seine Stimme zustandegekommen wäre. Ähnlich verhielt es sich bei den Entscheidungen des Vorstandes und Aufsichtsrates. Bei dem rechtlich zulässigen mehrgliedrigen Vorstand verließ sich jedes Vorstandsmitglied bei den zu fällenden Entscheidungen auf die Sorgfalt des andern. Davon gab es natürlich Ausnahmen; daß aber die Sorglosigkeit in der Führung der Aktiengesellschaft gerade in den letzten Jahrzehnten sich zu einem recht unliebsamen Übel entwickelt hatte, zeigen uns die Strafverfahren gegen Vorstandsmitglieder in dieser

Zeit wegen in der Leitung der Aktiengesellschaft begangener Vergehen oder Verbrechen. Soweit Vorstandsmitglieder angeklagt wurden, berifen sie sich immer wieder darauf, daß sie entweder gar keine Sachkenntnis gehabt hätten, um verantwortlich entscheiden zu können, oder daß ihnen deshalb kein großer Vorwurf gemacht werden konnte, weil das Vorstandsmitglied noch in einer Reihe anderer Vorstände Sitz und Stimme hatte. Kurz zusammengefaßt: die Leitung der Aktiengesellschaft lag damals in der Hand von sich nicht verantwortlich fühlenden Personen, die häufig zu dem Vorstandsamt durch politischen oder einseitig kapitalistischen Einfluß gekommen waren. Von einer Führung im eigentlichen Sinne konnte jedoch nicht die Rede sein.

Bei Prüfung der Frage, inwieweit das Führerprinzip durch die Neufassung des Rechtes von Vorstand und Aufsichtsrat in das Aktiengesetz Eingang gefunden hat. Dabei ist von dem Begriff „Führer" auszugehen. Die Worte Führer und Führung in dem von uns heute gebrauchten Sinne sind auf politischem Gebiet entstanden. Von hier aus haben sie sich in sämtliche deutsche Lebensgebiete Eingang zu verschaffen gesucht und auch verschafft; so z. B. im Arbeitsrecht. Man behauptet vielfach, daß der Begriff des Führers zur Voraussetzung notwendig „die Geführten" habe. Damit würde man aber den Begriff auf Personenverbände beschränken. Es ist zwar die Regel, daß der, der von einem Führer spricht, zunächst an die Gefolgschaft denkt. Man wird aber unter Führen nicht nur das Leiten von Menschen, sondern auch das Bestimmen über Gegenstände zu verstehen haben. Denn dieses Bestimmungsrecht ist nicht nur eine Nebenerscheinung des Begriffes „Führung", sondern steht neben dem Leiten von Menschen. Selbstverständliche Voraussetzung des Begriffes Führung ist, daß die Anordnungen der Führung absolut verpflichten und in keiner Weise abgeändert werden können.

Unter Zugrundelegung dieses Begriffes könnte man als ersten Einwand gegen die Behauptung, das Führerprinzip gelte im Aktienrecht, den § 70 Abs. 2 AG anführen. Er bestimmt, daß der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen kann. Soweit er aus mehreren Personen besteht und keiner dieser Mehreren die Einzelvertretungsmacht hat[212]), ist es schwer, von einem Führerprinzip im enge-

212) Aber auch dann, wenn bei mehrgliedrigem Vorstand sogenannte Einzel-

ren Sinne zu sprechen, denn in dem heute von uns dem Begriff Führer unterlegten Sinn sieht man die Führung einer einzelnen Person, eines natürlichen Menschen. In diesem engsten Sinne also kann bei einer Aktiengesellschaft mit mehrgliedrigem Vorstand, der sogenannte Kollektivvertretungsmacht hat, nicht von dem Führerprinzip die Rede sein. Man kann deshalb in dem Schriftum häufig die Äußerung finden, im Aktienrecht wäre das Führerprinzip fakultativ eingeführt, und man meint damit, daß die Satzung nach § 70 II AG bestimmen kann, daß der Vorstand aus einer Person bestehen soll.

Die Einführung eines derartigen absoluten Führerprinzips in das Aktienrecht konnte und durfte jedoch der Gesetzgeber nicht zwingend vorschreiben. Denn häufig wird es einer Aktiengesellschaft unmöglich sein, einer Einzelperson die absolute Führung einzuräumen, weil sie einen Mann ihres Vertrauens, dem sie solche menschliche Qualitäten zusprechen könnte, die der Führer haben muß, oft gar nicht finden kann. Auch wird das absolute Führerprinzip für die Großunternehmungen, die in der Regel die Form der Aktiengesellschaft wählen, sehr oft ungeeignet sein, denn derart große Unternehmen sind in mehrere Abteilungen aufgeteilt und jede Abteilung bedarf eines verantwortungsbewußten Leiters.

Wenn also vom Führerprinzip bei der Aktiengesellschaft gesprochen wird, so kann das nur so aufgefaßt werden, daß man sich die Frage vorlegt, ob ein Organ der Aktiengesellschaft unabhängig von anderen Organen, die Leitung des Unternehmens übertragen ist. Als derartiges in Betracht kommendes Organ ist der Vorstand zu nennen. Wie in den Ausführungen des ersten Teiles dargestellt, war früher der Vorstand weitgehend der Macht der anderen Organe, d. h. also dem Aufsichtsrat und der Generalversammlung, bereits durch das Gesetz unterworfen. Diese Bindung des Vorstandes konnte durch die Satzung noch verstärkt werden, ja es war sogar möglich, durch Satzungsbestimmung den Vorstand zum willenlosen Werkzeug der anderen Organe zu machen.

Die Gegenüberstellung des § 71 AG und § 231 HGB ergibt, daß

---

vertretung in der Satzung vorgesehen ist, kann von dem Führerprinzip im reinsten Sinne nicht die Rede sein, denn da jedes der mehreren Vorstandsmitglieder die Leitung und Vertretung der Aktiengesellschaft hat, kann es z. B. in der Geschäftsführung Anordnungen treffen, die den Anordnungen der anderen Vorstandsmitglieder widersprechen.

bezüglich der Vertretungsmacht des Vorstandes die selben Worte gebraucht werden. Im Gegensatz zum alten Aktiengesetz aber, in dem die Geschäftsführung nicht ausdrücklich geregelt war, bestimmt heute der § 70 AG, daß der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten hat. Man könnte veranlaßt sein, aus diesem Wortlaut heraus zu entnehmen, daß durch die Ausdrucksweise der Gesetzgeber das Führerprinzip im Auge gehabt hat. Wie aus der amtlichen Begründung zu entnehmen ist, wollte er zwar hierdurch den Vorstand in seinem Leitungsrecht stärken, ohne daß er aber damit beabsichtigte, dem Führerprinzip als solchem für das Aktienrecht gesetzliche Anerkennung zuteil werden zu lassen. Nach der Begründung hätten bisher die grundsätzlichen Entscheidungen über die Geschicke der Aktiengesellschaft bei der persönlich nicht verantwortlichen Mehrheit der Geldgeber gelegen, denen meist der genaue und sachkundige Einblick in die Geschäfte und in den Stand der Gesellschaft gefehlt habe, und die im wesentlichen nur darauf bedacht gewesen seien, die Belange des Kapitals in den Vordergrund zu stellen. Die Entwicklung des Aktienwesens habe gezeigt, daß sich zwischen der Verwaltung und der Hauptversammlung Gegensätze und Machtkämpfe herausbildeten, die keineswegs zum Vorteil der Gesellschaft und des Wirtschaftslebens dienten. Daher habe das Gesetz den beherrschenden Einfluß der Hauptversammlung eingeschränkt. Die Leitung der Aktiengesellschaft und damit die Geschäftsführung liege nunmehr beim Vorstand.

Läßt sich somit für unsere Frage aus dem Wortlaut des Gesetzes nichts entnehmen, so muß man die einzelnen Bestimungen erfassen, die für eine unabhängige Leitung des Vorstandes sprechen. Dabei ist unter Leitung, wie bisher als selbstverständlich angenommen wurde, die Leitung nach innen und nach außen zu verstehen. Während § 231 HGB den Widerruf der Bestellung zum Mitglied des Vorstandes jederzeit zuließ, beschränkt § 75 AG das Widerrufsrecht des Aktienrechts auf jene Fälle, wenn der Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund geboten ist. Wie die amtliche Begründung ausdrücklich erwähnt, ist diese Beschränkung des Widerrufsrechts vom Gesetzgeber vorgenommen worden, um zu verhindern, daß der Vorstand durch das Widerrufsrecht des Aktienrechts in ein zu starkes Abhängigkeitsverhältnis zum Aufsichtsrat gerät. Der Gesetzgeber

macht hier den Versuch, das Leitungsrecht des Vorstandes möglichst unabhängig zu gestalten.

Durch ausdrückliche Vorschrift wurde Vorsorge getroffen, daß nicht der Vorstand in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Aufsichtsrat gerät. Wenn wir von der Vertretungsmacht des Vorstandes ausgehen, so ist erkennbar, daß der Gesetzgeber diese dem Vorstand als eine unbeschränkte und unbeschränkbare in die Hand gelegt hat. § 74 II AG bestimmt nämlich ausdrücklich, daß Beschränkungen der Vertretungsbefugnis des Vorstandes Dritten gegenüber unwirksam sind. Ganz gleichgültig, ob sie im Handelsregister eingetragen sind oder nicht[213]). Im übrigen sind also nur die Beschränkungen zugelassen, die das Gesetz ausdrücklich selbst vorsieht.

Als weitere Vorschrift, die als auf das Führerprinzip weisend angeführt werden könnte, ist § 75 I und III AG zu nennen, wonach das Bestelungs- und Abberufungsrecht dem Aufsichtsrat zusteht. Früher sprach man, sofern das Gesetz schwieg und die Satzung nichts anderes bestimmte, dieses Recht der Hauptversammlung zu. Diese war das dominierende Organ und praktisch gesehen stand infolge dieses Bestellungs- und Abrufungsrechtes von vornherein der Vorstand in einem Abhängigkeitsverhältnis gegenüber der Hauptversammlung. Man kann aber nicht aus dem Umstand, daß diese Befugnis nun dem Aufsichtsrat gegeben worden ist, entnehmen, daß hierdurch das Führerprinzip sanktioniert werden sollte. Denn die Aufsichtsratsmitglieder werden ja auch von der Hauptversammlung berufen und abberufen, und durch diese Abhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder kann auch eine gewisse Einflußnahme auf die Bestellung des Vorstandes durch die Hauptversammlung ausgeübt werden.

Es wurde oben der Satz aufgestellt, daß der möglichst weitgehenden Einführung des Führerprinzips ins neue Aktienrecht die Stellung des Vorsitzers des Vorstandes entspreche. Nach § 75 Abs. II AG kann der Aufsichtsrat beim mehrgliedrigen Vorstand einen Vorsitzere steht dann die entscheidende Macht zu[214]), sofern nicht die Satzung das Entscheidungsrecht des Vorsitzers ausschließt. Der entscheidungsbefugte Vorsitzer kann als Führer angesprochen werden, allerdings als Führer, belastet mit Beschränkungen, die dem Vor-

213) Brodmann S. 244.
214) Vgl. die Ausführungen S. . . .

stand als solchem auferlegt sind. Daß die übrigen Vorstandsmitglieder bei Ernennbng eines Vorsitzers das Recht zur Geschäftsführung behalten, steht unserer Annahme, daß der Vorsitzer Führer des Unternehmens ist, nicht entgegen. Denn bei Meinungsverschiedenheiten unter diesen Vorstandsmitgliedern entscheidet der Vorsitzer, ja man läßt sogar zu, daß der Vorsitzer seine Entscheidung gegen alle Vorstandsmitglieder trifft. Es ergibt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Vorsitzer geborener Betriebsführer im Sinne des AOG ist. Man wird dies ablehnen müssen, denn er ist weder Unternehmer (§ 1 AOG) noch gesetzlicher Vertreter (§ 3 AOG). Seine Stellung ist nur die eines Vorsitzers des Organes, dem die gesetzliche Vertretung zusteht. Lediglich die Möglichkeit besteht, daß der Vorstand den Vorsitzer mit der Betriebsführerstellvertretung betraut (§ 3 II AOG). Die Tatsache aber, daß es heute möglich ist, einen Vorsitzer zu ernennen, weist zwar darauf hin, daß ein gewisses Führertum in die Wirtschaft eingeführt werden sollte, es ist aber nur ein kleiner Ansatz dazu. Denn wie wir wissen, steht die Vertretungsmacht unbeschränkt und unbeschränkbar beim mehrgliedrigen Vorstand der Gesamtheit der Vorstandsmitglieder zu, es sei denn, Satzung oder Aufsichtsrat bestimmen etwas anderes. Jedenfalls enthält die Übertragung des Vorsitzeramtes nicht gleichzeitig die Einräumung der alleinigen Vertretungsmacht. Durch das Amt des Vorsitzers ist also wohl in beschränktem Umfang, aber nicht voll und ganz, dem Führerprinzip Eingang verschafft worden.

Als Anhaltspunkt für die Annahme der unabhängigen Geschäftsleitung des Vorstandes kann auch angeführt werden, daß es der Hauptversammlung grundsätzlich ausdrücklich versagt ist, bei der Feststellung des Jahresabschlusses mitzuwirken (§ 125 AG).

Schließlich ist noch darauf zu verweisen, daß § 70 I AG ausdrücklich sagt, der Vorstand hat die Gesellschaft zu leiten unter „eigener Verantwortung". Denn die „eigene Verantwortung" ist ein charakteristisches Merkmal des Führergrundsatzes.

Wenn demnach in gewissem Umfang das Führerprinzip Eingang in das Aktienrecht gefunden hat, so ist diese unbeschränkte Geschäftsleitung doch keine so uneingeschränkte, daß sich sagen läßt, im Aktienrecht gelte das Führerprinzip. Wenn man die Geschäftsführung z. B. betrachtet, so erkennt man, daß das neue Aktienrecht,

wie Becher[215]) sagt, mit der demokratischen Verfassung nicht restlos gebrochen hat. § 74 I AG bestimmt, daß der Vorstand der Gesellschaft gegenüber verpflichtet ist, die Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung oder der Aufsichtsrat für den Umfang seiner Vertretungsbefugnis festgesetzt hat oder die sich aus einem Beschluß der Hauptversammlungnach § 103 ergeben. Ritter weist darauf hin, daß es sich bei den Beschränkungen des § 74 AG gar nicht um diejenigen der Vertretungsmacht, sondern um die der Geschäftsführung handelt. In der ersten Hälfte unserer Untersuchungen wurde ausgeführt, welcher Art die Beschränkungen sein können, und es wurde gezeigt, daß der Vorstand in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Aufsichtsrat gelangen kann. Der amtliche Bericht sagt, daß der Entwurf zum Aktiengesetz den beherrschenden Einfluß der Hauptversammlung einschränke. Die Hauptversammlung kann nicht mehr, wie die Begründung fortfährt, von sich aus in einzelne Akte der Geschäftsführung eingreifen; sie darf nur dann über Fragen der Geschäftsführung entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt. Obwohl also der beherrschende Einfluß der Hauptversammlung weggefallen ist, indem es ihr nunmehr unmöglich gemacht ist, die Geschäftsführung an sich zu reißen, so hat doch der Gesetzgeber mit der Brechung der Gewalt der Hauptversammlung nicht die Einführung des uneingeschränkten Führerprinzips im Auge gehabt. Vielmehr ist es statthaft, daß die Satzung oder der Aufsichtsrat Beschränkungen für die Leitung der Gesellschaft festsetzen. Es ist also an die Stelle des Einflusses der Hauptversammlung der Einfluß des Aufsichtsrates getreten. Mittelbar, sagt Ritter, stellt sich das als ein Einfluß der Hauptversammlung dar, denn die Aufsichtsratsmitglieder werden von der Hauptversammlung widerruflich gewählt (§ 87 AG). Warum nun hat der Gesetzgeber an einer Beschränkung des Vorstandes in der alten Art und Weise festgehalten? Eine Antwort auf diese Frage gibt Schacht[216]): „Einem Führer, der ein Führer ist, braucht kein Aktiengesetz mehr Macht zu geben, als er durch seine Persönlichkeit hat. Einen Führer aber, der kein Führer ist, kann der gesetzliche Machtzuwachs nur noch stärker zum Mißtrauen verleiten, als dies unter dem bisherigen Gesetz möglich gewesen ist. Einem Führer, der kein Führer ist, tue eine gewisse Abhängigkeit ebenso

215) Diss. Köln: Aufbau, Organisation ... S. 42.

not wie das Bewußtsein der eigenen Verantwortung.“ Eine gewisse Vorsicht des Gesetzgebers, der befürchtet, daß nicht genügend Führernaturen für das Wirtschaftsleben vorhanden sind, veranlaßte ihn, dem Vorstand nicht völlig unabhängig die Macht zur Leitung der Gesellschaft zu übertragen. Der Gesetzgeber hat bewußt die Organisation des Vorstandes so gestaltet, daß je nach Bedürfnis die Macht zur Leitung des Unternehmens als eine mehr oder minder selbständige dem Vorstand übertragen werden kann. Von einem Führerprinzip im reinsten Sinne kann demnach nicht gesprochen werden.

§ 25.

Die Neugestaltung unter dem Gesichtspunkte des Gläubigerschutzes.

Bei Behandlung der Frage, ob der Gläubigerschutz im neuen Recht eine Stärkung erfahren hat, geht man zweckmäßig vom § 48 AG aus. § 48 II AG bestimmt, daß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Dieser Paragraph stellt sich somit als eine weitere Ausführung del § 1 dar, wo positiv festgestellt ist, daß die Gesellschafter nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften haben. Eine Vergleichung mit dem alten Aktienrecht (§ 210 I in Verbindung mit § 178 HGB) läßt erkennen, daß sich die Haftungsfrage grundsätzlich nicht geändert hat. Eine Bestimmung allerdings regelt im neuen Aktienrecht eine Haftung gegenüber Gläubigern, also eine, über die Haftung der Aktiengesellschaft selbst, hinausgehende: § 101 AG erklärt die Aktionäre zum Schadensersatz verpflichtet, die zu dem Zweck, sich oder einem anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu verschaffen, vorsätzlich unter Ausnutzung ihres Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates dazu bestimmen, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handelt. Die Schadensersatzpflicht besteht auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, allerdings nur in subsidiärer Weise. Abgesehen von dieser Vorschrift und abgesehen vom § 56 AG, — der die Haftung der Aktionäre, die Zahlungen empfangen haben, die ihnen nicht zustanden und deshalb auch den Gläubigern gegenüber ersatzpflichtig sind, behandeln, — sind die Gläubiger auf die Haftung der

Gesellschaft selbst, auf das Gesellschaftsvermögen, angewiesen. Der Gesetzgeber muß nun bei der Normierung jeglichen Gesellschaftsrechtes darauf bedacht sein, Maßnahmen zu treffen, die das Gesellschaftsvermögen als die grundsätzlich einzige Grundlage der Haftung vor jedem unberechtigten Eingriff und vor einer Schmälerung durch Mißwirtschaft schützen. Man findet sowohl im HGB als auch im Aktiengesetz Vorschriften, die unmittelbar auf die Erhaltung und Sicherung des Grundkapitals abzielen. Daneben stehen Vorschriften, die in erster Linie zwar aus anderem Grund erlassen sind, die aber mittelbar den Gläubigerschutz im Auge haben.

Bevor im einzelnen in die Untersuchung eingetreten wird, ob der Gläubigerschutz im Verhältnis zum alten Aktienrecht heute infolge der Umgestaltung des Rechts des Vorstandes und Aufsichtsrates ein umfassenderer ist, muß auch darauf eingegangen werden, wer als Gläubiger im Sinne des Gläubigerschutzes in Betracht kommt. Als erste Gläubigergruppe sind hier jene Forderungsberechtigten zu nennen, die aus Rechtstatbeständen nichtgesellschaftsrechtlicher Natur Ansprüche gegen die Aktiengesellschaft haben. Froebel[217]) zählt hier auf:

1. die Geschäftsgläubiger,
2. die Schadensersatzgläubiger,
3. die Gläubiger aus Lohn- und Anstellungsverhältnis,
4. die Gläubiger aus Schuldverschreibungen,
5. Pfandbriefgläubiger,
6. die Gläubiger aus Wandelschuldverschreibungen,
7. die Gläubiger aus Gewinnschuldverschreibungen,
8. die Gläubiger aus Genußrechten.

Die zweite Gruppe der geschützten Gläubiger sind die Aktionäre selbst und zwar bezüglich der Ansprüche, die auf gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen beruhen. Als solche, den Aktionären zustehende, Ansprüche sind zu nennen:

1. der Anspruch auf Dividende,
2. der Anspruch auf Bauzinsen,
3. der Anspruch auf einen etwaigen Abwicklungsüberschuß,
4. der Anspruch auf Einlagerückzahlung bei der Kapitalherabsetzung,
5. der Anspruch auf Vergütung im Falle von Nebenleistungen.

216) Schacht a. a. O. S. 15.

Welche Maßnahmen hat der Gesetzgeber nun, was die Organe Vorstand und Aufsichtsrat anbelangt, getroffen, um die Gläubiger in ihrem Vertrauen auf das Grundkapital besser zu schützen? Zweckmäßig ist hier zwischen solchen, die gegenüber dem Vorstand und denen, die gegenüber dem Aufsichtsrat getroffen wurden, zu unterscheiden. Der wesentlichste Punkt in der Frage des Gläubigerschutzes ist ganz allgemein die Haftung des Verwaltungsträgers gegenüber den Gläubigern. Eine Vergleichung des § 241 HGB mit § 84 AG zeigt, daß in der Frage der Haftung der Gesetzgeber dem Verschuldensprinzip treu geblieben ist. Man dachte zwar an eine Erhöhung des Gläubigerschutzes durch Einführung der Erfolgshaftung, sah aber dann davon ab, weil die Einführung dieses Prinzips mit zu großem Nachteil verbunden war. Trotzdem mußte man den Gläubigern einen erhöhten Schutz gewähren, da ja die Machtbefugnisse des Vorstandes vermehrt worden waren und deshalb die Gefahr einer Schädigung durch Mißbrauch dieser Machtstellung bestand. Bei der Leitung des Unternehmens hat der Vorstand nicht nur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters gegenüber der Aktiengesellschaft zu handeln, sondern mit der gleichen Sorgfalt auch gegenüber den Gläubigern. Es wurde oben dargelegt, daß die Haftung eine andere ist, wenn man mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters oder mit derjenigen eines ordentlichen Geschäftsmannes handelt, denn erstere stellt eine weitergehende Sorgfalt dar.

Eine Erhöhung des Gläubigerschutzes kann auch im § 84 II AG erblickt werden. Hier ist, wie oben ausgeführt, die Beweislast in dem Falle, daß dem Vorstand ein schädigendes Verhalten vorgeworfen wird, derart geregelt, daß nicht, wie es eigentlich erwartet werden müßte, derjenige, der aus dem schädigenden Verhalten einen Anspruch herleitet, dem Vorstand das Verschulden nachweisen muß, sondern daß umgekehrt der Vorstand darzutun hat, daß er nicht schuldhaft gehandelt hat.

Die vom Gesetz vorgesehenen Fälle einer direkten Haftung des Vorstandes gegenüber den Gläubigern waren nach dem alten Recht nur einige wenige. Demgegenüber ist der Gedanke des neuen Aktienrechtes der, daß die subsidiäre Haftung des Vorstandes den Gläubigern gegenüber immer dann gilt, wenn die Vorstandsmitglieder ihre Obliegenheiten gegenüber der Gesellschaft schuldhaft verletzt haben.

Daß hierbei mitunter nur gröbliche Pflichtverletzung genügt, stellt sich zwar als eine Einschränkung dar, kann aber an der Tatsache selbst nichts ändern, daß der Gläubigerschutz eine Erhöhung erfahren hat.

Entsprechend der Bestrebung, möglichst jegliche Leitung des Unternehmens in die Hand des Vorstandes zu legen, hat der Gesetzgeber das Recht und die Pflicht zur Feststellung des Jahresabschlusses dem Vorstand zugewiesen. Es bedarf allerdings dabei der itwirkung des Aufsichtsrates. Um nun jedem Mißbrauch dieser Macht, die der Vorstand bei der Aufstellung des Jahresabschlusses hat, vorzubeugen, bestimmt der Gesetzgeber in § 202, daß der vom Vorstand aufgestellte Jahresabschluß in gewissen Fällen nichtig sein soll und mit der Nichtigkeitsklage vernichtet werden kann. Diese Vorschrift entspringt dem Gedanken des Gläubigerschutzes; es soll durch diese Regelung verhütet werden, daß durch das Verhalten des Vorstandes das Gesellschaftsvermögen gefährdet wird.

Ebenso war der Gedanke des Gläubigerschutzes bestimmend bei der Vorschrift, daß die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des einzelnen Vorstandsmitgliedes und zur Lage der Gesellschaft zu stehen haben. Darüber zu wachen, daß keine Mißverhältnis entsteht, ist Aufgabe des Aufsichtsrats, der sogar in dem Falle, daß die festgesetzten Bezüge später in ein Mißverhältnis geraten, die Befugnis hat, das angemessene Verhältnis wieder herzustellen. M. E. ist hierin eine ganz wichtige Maßnahme des Gesetzgebers zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zu erblicken. Vorschriften über das Verhältnis der Bezüge zum Stand der Gesellschaft und des Gesellschaftsvermögens kannte das alte Aktienrecht nicht. Lediglich für die Gewinnbeteiligung des Vorstandes waren im § 237 HGB Grenzen aufgestellt. Durch diese gesetzliche Schrankenlosigkeit, insbesondere bezüglich der Gehaltsfrage, war es möglich, daß ohne Rücksicht auf das Gesellschaftsvermögen selbst in Zeiten schlechten Geschäftsganges die Vorstandsmitglieder ihre Gehälter einstrichen und es der Gesellschaft durch langsame Vernichtung des Gesellschaftsvermögens unmöglich machten, die Gläubiger und schließlich auch die Aktionäre beim Zusammenbruch des Unternehmens zu befriedigen.

Auch bei der Neugestaltung des Rechts des Aufsichtsrates wurde

der Gläubigerschutz berücksichtigt. Zwei Gesichtspunkte müssen in der nun folgenden Darstellung leitend sein: einerseits, welche besonderen Befugnisse das Gesetz dem Aufsichtsrat in die Hand gibt, seinerseits einem Schwinden des Gesellschaftsvermögens entgegenzutreten, und andererseits, in welcher Weise der Gesetzgeber den Aufsichtsrat für ein Schwinden des Gesellschaftsvermögens verantwortlich zu machen sucht.

1. Oben wurde dargelegt, daß durch die Änderung des Gesetzes der Aufsichtsrat wieder zu seiner ihm eigentümlichen Aufgabe zurückgeführt ist, nämlich der Überwachung des Ganges des Unternehmens. Wenn er das Unternehmen zu überwachen hat, so wird man annehmen dürfen, daß er auch darüber zu wachen hat, daß die Gläubiger der Aktiengesellschaft nicht geschädigt werden. Die vom Gesetzgeber im § 95 AG aufgezählten Befugnisse des Aufsichtsrates befanden sich in ähnlicher Weise bereits in § 246 HGB. An diesen Einzelbefugnissen hat sich fast nichts geändert, wie die Ausführungen des zweiten Kapitels ergaben. Man kann hier höchstens insofern von einer Erhöhung des Gläubigerschutzes sprechen, als nach § 95 AG, wie auch bereits nach der Novelle von 1931 zu § 246 HGB, jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied verlangen kann. Was das Einsichts- und Untersuchungsrecht gegenüber den Vermögensgegenständen der Gesellschaft anbetrifft, so ist das Gesetz im wesentlichen gleich geblieben und es kann auch insoweit von einer Erhöhung des Gläubigerschutzes nicht gesprochen werden. Aber im Interesse der Gläubiger ist der Aufsichtsrat bei der Feststellung des Jahresabschlusses zur Mitwirkung berechtigt und verpflichtet. Als wirkliche Schutzvorschrift zugunsten der Gläubiger wirkt sich weiterhin die Bestimmung des Aktiengesetzes aus, daß der Aufsichtsrat bei wichtigem Grund den Vorstand abberufen kann.

Eine besondere Gefährdung bedeutet für das Aktienkapital die Darlehnshingabe an Vorstandsmitglieder. Deshalb wurde bereits für das HGB durch die Novelle in § 240a HGB die Darlehnshingabe an die ausdrückliche Zustimmung des Aufsichtsrates geknüpft. Diese Erschwerung der Kreditgewährung wurde in gleicher Weise in das Aktiengesetz übernommen. Wie sehr der Gesetzgeber hier den Gläubigerschutz im Auge hat, läßt auch der § 80 IV AG erkennen, wonach der Kredit, der ohne Zustimmung des Aufsichtsrates gegeben

rückzuzahlen ist, sofern der Aufsichtsrat nicht nachträglich zu-ist, ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vereinbarungen sofort zustimmt.

2. Nachdem im Vorhergehenden gezeigt wurde, daß die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates eine Erhöhung des Gläubigerschutzes mit sich gebracht haben, soll nunmehr die Frage behandelt werden, ob der Gesetzgeber durch die besondere Gestaltung der Verantwortung des Aufsichtsrates oder durch Verbote, die den Aufsichtsrat betreffen, den Gläubigern erhöhten Schutz gewähren wollte. Ähnlich wie beim Vorstand ist auch die Haftung des Aufsichtsrates geregelt und in gleicher Weise sind die Beschränkungen einer Haftung infolge der veränderten Stellung des Aufsichtsrates weggefallen. Außerdem haftet der Aufsichtsrat, genau wie der Vorstand, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Auch eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern ist heute gegeben, wobei allerdings die Gläubiger nur die Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen können.

Was die Vergütung und Gewinnbeteiligung des Aufsichtsrates anbelangt, so wurden hier ähnliche Gesichtspunkte zur Durchführung gebracht, wie sie der Gesetzgeber für den Vorstand aufstellte; oberster Grundsatz dabei ist, daß bei der Bemessung der Vergütung und der Gewinnbeteiligung alle Interessen berücksichtigt werden müssen, sowohl die der Gesellschaft als auch diejenigen der Gefolgschaft, der Allgemeinheit — also auch der Gläubiger. Durch Berücksichtigung der sogenannten aufgelösten Rücklagen ist die Berechnung der Gewinnbeteiligung ebenfalls auf eine andere Grundlage gestellt.

Wenn unter dem Gesichtspunkt „Schutz der Gläubiger" beim Aufsichtsrat keine so einschneidenden Veränderungen wie beim Vorstand festzustellen sind, so beruht das darauf, daß das Recht des Aufsichtsrates überhaupt keinen allzu tarken Veränderungen unterworfen war. Dies erübrigte sich auch, weil es sich bei der Reform nicht darum handelte, Mißbräuche, die sich in bezug auf den Aufsichtsrat ergeben hatten, zu beseitigen, sondern darum, die Hauptversammlung in ihrer Macht zu beschränken und den Vorstand wieder in seinen eigentlichen Aufgabenkreis einzuführen.

§ 26.

Die Verschärfung der Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat.

Die Zusammenbrüche großer Aktiengesellschaften in der Zeit von 1925 bis 1932 hatten in der Regel zu einer Schädigung der Aktionäre und der Gläubiger geführt. Oft war die einzige Möglichkeit, die für den Zusammenbruch Verantwortlichen, also die Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder zur Sühne heranzuziehen, die Kriminalstrafen. Dadurch wurde jedoch der wirtschaftliche Schaden in keiner Weise ausgeglichen. Damals schon trat die Notwendigkeit zutage, die Haftung und Verantwortung im Aktienrecht einer grundlegenden Änderung zu unterziehen. In welcher Weise das neue Aktienrecht im einzelnen die Haftung regelt, ist bereits oben ausgeführt worden. Da aber der Gläubigerschutz und die Verantwortung eines der Hauptprobleme der Aktienreform waren, soll im letzten Abschnitt der vorliegenden Untersuchung geprüft werden, inwieweit im ganzen gesehen es dem Gesetzgeber gelungen ist, gegenüber dem alten Recht die Verantwortungsfrage befriedigend zu lösen.

Es ist nicht zweckmäßig, bei dieser Untersuchung eine Unterteilung bezüglich der Haftung des Aufsichtsrates und des Vorstandes vorzunehmen, denn die Haftung des Aufsichtsrates hat der Gesetzgeber durch Verweisung auf die Haftung des Vorstandes entsprechend geregelt. — Früher versteckte sich der Vorstand und Aufsichtsrat in der Frage der Verantwortung hinter der Generalversammlung, d. h. die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder beriefen sich in allen Fällen, die die Frage nach der Verantwortung auslösten, auf das „oberste" Organ der Aktiengesellschaft, nämlich die Generalversammlung. Sie erklärten, für gewisse Handlungen nicht verantwortlich zu sein, weil sie lediglich die Handlanger der Generalversammlung gewesen seien. Eine Verantwortlichkeit der Generalversammlung konnte aber der Natur dieses Organs entsprechend nicht angenommen werden. Nun aber, nachdem der Gesetzgeber die uneingeschränkte Leitung der Aktiengesellschaft in die Hand des Vorstandes gelegt hat und die volle Überwachung des Gebarens derselben in die Hand des Aufsichtsrates, war es naturnotwendig, daß er diesen Organen auch die volle Verantwortung innerhalb ihres Tätig-

keitsbereiches übertrug. Deshalb bestimmt § 70 AR, daß der Vorstand unter „eigener Verantwortung" die Gesellschaft zu leiten hat. Verletzt er seine Pflicht, so trifft ihn hierfür die Haftung. Für den Aufsichtsrat bestimmt zwar das Gesetz nicht ausdrücklich, daß auch er unter eigener Verantwortlichkeit zu handeln hat, aber durch die Verweisung von § 99 AG auf die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit des Vorstandes läßt der Gesetzgeber erkennen, daß der in § 70 AG aufgestellte Grundsatz der eigenen Verantwortlichkeit auch für die Aufsichtsratsmitglieder Geltung besitzt. Gerade dieser Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit wird auch vom Gesetz besonders stark in den Vordergrund gestellt. § 100 AG bestimmt, daß auf allen Geschäftsbriefen die sämtlichen Vorstandsmitglieder und der Vorsitzer des Aufsichtsrates mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen angegeben ein müssen; der Vorsitzer des Vorstandes muß ogar besonders bezeichnet sein. Ähnliches bestimmt das Gesetz in § 128 IV AG für den Geschäftsbericht. Weiterhin sind nach § 144 I 2 AG in den Veröffentlichungen und Vervielfältigungen des Jahresabschlusses sämtlichen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen anzugeben. In dieser Veröffentlichung ist nicht nur der Vorsitzer des Vorstandes, sondern auch der des Aufsichtsrates besonders zu bezeichnen.

Die Erhöhung der Verantwortlichkeit und damit die Verschärfung der Haftung war einmal deshalb geboten, weil der Vorstand selbständig und eigenverantwortlich die Leitung des Unternehmens in der Hand hatte, zum anderen aber auch, weil wesentliche Änderungen in der Gesellschaftsordnung seit 1933 grundlegende Umgestaltungen auf allen Gebieten in Deutschland zur Folge hatten. Denken wir z. B. an das Verhältnis von Arbeiter und Unternehmer. Früher sprach man hier von einem Kampf zwischen Kapital und Arbeit. Nach nationalsozialistischer Auffassung dagegen sind Arbeiter und Unternehmer nicht gegeneinander kämpfende Parteien, deren Kampf sich aus den entgegengelagerten Interessen ergibt, sondern sie bilden eine Gemeinschaft, deren Ziel ein gemeinsames ist. Die Anschauungen über das Unternehmertum als solches und seine Stellung im nationalsozialistischen Staat waren mit beeinflussend bei der Ausgestaltung der Verantwortlichkeit und Haftung des Vorstandes und des Auf-

sichtsrates. Die geänderte Verantwortlichkeit ergibt sich klar aus § 70 I AG, denn hier ist niedergelegt, daß der Vorstand die Gesellschaft so zu leiten hat, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern. Der gleiche Grundsatz muß auch für die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats gelten, da § 99 AG auf die sinngemäße Anwendung des § 84 AG verweist. Aber auch für § 84 AG ergibt sich die Pflicht, wie der Vorstand zu handeln hat aus § 70 AG.

Die erhöhte Verantwortlichkeit und damit die verschärfte Haftung trifft Vorstand und Aufsichtsrat all denen gegenüber, denen er nach dem Gesetz eigenverantwortlich zu handeln berechtigt ist, d. h. einmal gegenüber der Gesellschaft und zum anderen gegenüber den Aktionären. Hier wird in der Regel die Sühne für eine schlechte Leitung in Schadensersatz bestehen. Daneben gewährt das Aktiengesetz aber auch den Gesellschaftsgläubigern Schadensersatzansprüche, allerdings in der Art, daß der Ersatzanspruch nicht in der Person des Gesellschaftsgläubigers entsteht, sondern daß diese einen der Aktiengesellschaft zustehenden Anspruch geltend machen können. Soweit die Aktiengesellschaft die Aktionäre oder Gesellschaftsgläubiger durch das Verhalten des Vorstandes oder des Aufsivhtsrates in vermögensrechtlicher Beziehung eine Einbuße erleiden, hat das Aktiengesetz für eine strafrechtliche Ahndung keine Sondervorschriften aufgestellt. Der strafrechtliche Schutz wird also insoweit dem allgemeinen Strafrecht zu entnehmen sein, z. B. §§ 263, 266 StGB. Insoweit hat also das Aktienrecht keine Änderung erfahren.

Aber nicht nur den vermögensrechtlich unmittelbar an der Aktiengesellschaft Interessierten haben die Verwaltungsträger der Aktiengesellschaft eigenverantwortlich zu handeln, sondern auch gegenüber dem Volk und Reich (§ 70 AG). Dieser Grundsatz ist nicht nur eine leere Proklamation, die noch der Ausführung harrt, sondern bereits geltendes Recht, wie § 288 AG zeigt. Hier ist ausgesprochen, daß das Reichswirtschaftsgericht auf Antrag des Reichswirtschaftsministers die Gesellschaft entschädigungslos auflösen kann, wenn sie das Gemeinwohl, namentlich durch gröbliches Verhalten der Verwaltungsträger, gefährdet, indem diese gegen das Gesetz oder gegen die Grundsätze verantwortungsbewußter Wirtschaftsführung verstoßen. Im Schrifttum wird diese Pflicht meistens als die wirtschaftspolitische

bezeichnet[218]). Die Auflösung einer Aktiengesellschaft wegen verantwortungsloser Wirtschaftsführung war zwar im Handelsgesetzbuch nicht vorgesehen; man kannte aber eine solche Auflösungsmöglichkeit bereits. Art. IV des preuß. Ausführungsgesetzes zum HGB bestimmte, daß eine Aktiengesellschaft aufgelöst werden sollte, wenn sie sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig machte, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wurde.

Schließlich verlangt das Gesetz auf sozialpolitischem Gebiet verantwogrtungsbewußtes Handeln der Verwaltungsträger. Der Vorstand hat bei der Leitung auf das Wohl der Gefolgschaft Rücksicht zu nehmen (§ 70 I AG). Hierdurch wird der Vorstand — und gleiches muß auch für den Aufsichtsrat gelten — zu sorgfältigem, eigenverantwortlichem Verhalten bei Erfüllung der sozialen Aufgaben verpflichtet. Obwohl ein solcher Gedanke dem HGB fremd war, muß zugegeben werden, daß bereits mit dem Inkrafttreten des AOG von einer sozialen Verantwortlichkeit des Vorstandes gesprochen werden kann, denn nach § 3 AOG ist der geborene Betriebsführer im Sinne des § 1 AOG der Vorstand. Wenn dieser nun die ihm obliegenden Pflichten nicht erfüllte, so war eine Bestrafung im Wege der sozialen Ehrengerichtsbarkeit vorgesehen. Es kann also bereits in der Zeit vor dem neuen Aktiengesetz von einer gesetzlich angeordneten sozialen Verantwortlichkeit des Vorstandes gesprochen werden und § 70 AG wiederholt lediglich noch einmal, daß auch der Betrieb einer Aktiengesellschaft eine Gemeinschaft darstellt. Er geht aber noch weiter, denn das Gesetz stellt neben die aus dem AOG sich ergebenden sozialen Pflichten des Betriebsführers besondere andere. In § 77 III AG ist z. B. uestimmt, daß die Gewinnbeteiligung der Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohl dienen, stehen müssen. Für die Einhaltung dieser Vorschrift ist ausdrücklich nach dem Gesetz der Aufsichtsrat verantwortlich. Eine ähnliche Regelung hat das Gesetz auch für die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder getroffen. Während aber für die Einhaltung der vom Gesetz aufgestellten Verfügungsgrenze des Vorstandes der Aufsichtsrat zu sorgen hat, ist in

217) a. a. O. S. 3.
218) Schlegelberger § 70 Anm. 5.

gewisser Beziehung für die soziale Begründetheit der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder der Vorstand verantwortlich; denn verstößt die Hauptversammlung bei der zulässigen Festsetzung der Vergütung gegen das Gebot, daß diese sowohl mit den Aufgaben als auch mit der Lage der Gesellschaft in Einklang stehen muß, und daß die Gewinnbeteiligung in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohl dienen, steht, so ist es die Pflicht des Vorstandes, auf eine Änderung eines derartigen Beschlusses der Hauptversammlung hinzuwirken oder erforderlichenfalls den Hauptversammlungsbeschluß anzufechten. Ein derartiges Recht steht ihm nach § 198 I Ziff. 4 AG zu, da in diesem Fall der Beschluß der Hauptversammlung auf einer Gesetzesverletzung beruht (§ 197 AG)[219]).

Wegen der Wichtigkeit dieser Gebote, über deren Einhaltung einerseits der Aufsichtsrat und andererseits auch der Vorstand zu wachen haben, hat der Gesetzgeber vorgesehen, daß die Staatsanwaltschaft die Einhaltung der Gebote im Klageweg erzwingen kann, d. h. der Staatsanwalt wird sich zunächst einmal — praktisch gesehen — an den Vorstand und Aufsichtsrat wenden. Für Verletzung dieser auf sozialem Gebiet liegenden Pflichten gibt es aber noch einen zur Sühne führenden Weg, wenigstens was den Vorstand anbelangt. Er kann nämlich, soweit er Betriebsführer nach § 3 AOG ist, wie schon oben erwähnt, im sozialen Ehrengerichtsverfahren bestraft werden.

Es ist klar ersichtlich, daß das alte Recht lediglich die rein vermögensrechtliche Seite im Auge hatte, wenn von Verantwortlichkeit der Verwaltungsträger der Aktiengesellschaft die Rede war. Nunmehr bezieht sich die Verantwortung und Haftung nicht nur auf diejenigen Beziehungen, die zu vermögensrechtlich interessierten Personen vorhanden sind (Gläubiger, Aktionäre), sondern auch auf jene Verhältnisse, die mehr auf ethischem und volks- und wirtschaftspolitischem Gebiet liegen.

---

219) Schlegelberger § 98 Anm. 6.

Schrifttum.

Auerbach: Das Aktienwesen. Frankfurt 1873.
Bauer: Der Aufsichtsrat. 4. Aufl. Leipzig 1912.
Baumbach: Aktiengesetz. Berlin und München 1937.
Bericht der Reichstagskommission über den Gesetzentwurf betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft. Berlin 1884.
Boesebeck: In JW 1938 S. 2525.
Brand: Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.
Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bde. 1—25, Leipzig 1886 bis 1901.
Brodmann: Aktienrecht. Kommentar. Berlin-Leipzig 1928.
Buwert: Gemeinschaftsgeist in der Wirtschaft, in DR Nr. 718, 1937.
Cahn: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, Berlin 1907.
Cünio: Führerprinzip und Willensbildung im Aktienrecht. Berlin 1935.
D.: Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, in Hahn und Mugdan, Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Bd.: Materialien zum HGB. Berlin 1897.
Dersch: Das Gesetz zur Ordnung der Nationalen Arbeit. Berlin 1934.
Düringer-Hachenberg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 3. Aufl.
Entwurf, Amtlicher ... eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen. Berlin 1930.
Eiser: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen. Berlin 1930.
Esser: Gesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. 5. Aufl. 1891.
Falk: Die Reform des Aufsichtsrats der deutschen Aktiengesellschaften. Frankfurt/M. 1914.
Fechner: Führer tum und Unternehmertum im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Bonn 1937.
Festschrift für Albert Pinner. Berlin und Leipzig 1932.
Fischer: Das Aktienrecht. Leipzig 1916.
Friedländer: Aktienrecht. Stuttgart 1932.
Froebel: Gläubigerschutz im neuen Aktienrecht. Diss. Heidelberg 1937.
v. Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933.
v. Godin-Wilhelmi: Kommentar zum Aktiengesetz. Berlin u. Leipzig 1937.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1905.
Goldschmit (A.G.): Die Aktiengesellschaft. München 1927.
— (AR): Das Recht des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft. Berlin 1922.
— (Nov.): Das neue Aktienrecht. München 1932.
Hallstein: Die Aktienrechte der Gegenwart. Berlin 1931.
Hellwig: Sondervermögen mit Stellung einer juristischen Person.

Hergenhahn: Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und Aktiengesellschaft vom 18. Juli 1884. Berlin 1891.
Horrwitz: Das Recht der Generalversammlung der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Berlin 1913.
Horrwitz-Ullmann-Kommentar zum neuen Aktienrecht. Berlin 1932.
Hueck: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften. Mannheim 1924.
Hueck-Nipperdey-Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 2. Aufl. Berlin 1937.
Isai: Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten. Bd. I und II. 1919/20.
Klausing: Reform des Aktienrechts. Berlin 1935.
— (AG): Aktiengesetz nebst Einführungsgesetz und amtlicher Begründung. Berlin 1937.
Klefecker: Sammlung der hamburgischen Gesetze und Verfassungen. Bd. II. Hamburg 1766.
Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. Bearb. von Teichmann und Koehler. 2. Aufl. Berlin 1929.
Krämer: Die satzungsmäßige Tätigkeit des Aufsichtsrates, insbesondere die seines Vorsitzenden. Gießen 1924.
Künzel: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, seine Rechte und Pflichten. Leipzig 1902.
Lehmann: Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechtes bis zum Code de commerce. Berlin 1895.
— (Bd. I und II): Das Recht der Aktiengesellschaften. Berlin 1899 u. 1904.
Lehmann-Hirsch: Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931. 2. Aufl. Mannheim 1932.
Lehmann-Hoeninger: Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. Herausg. v. Hoeninger. Berlin und Leipzig 1921.
Lehmann-Ring: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1913/14.
Lenze: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Diss. Köln 1937.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.
Noehring-Schwartz: Satzungsgestaltung nach neuem Aktienrecht. Berlin-Vahlen 1938.
Molitor: In Festgabe für Ehrenberg.
Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Preußen.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. Aufl. Tübingen 1927.
Neufeld: Die Aktienrechtsnovelle vom 19. Dezember 1931. Berlin 1932.
Pinner: Das deutsche Aktienrecht. Berlin 1899.
Rheinstrom: Das neue Aktienrecht. München und Leipzig 1932.
v. Ring: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft. Berlin 1892.
Ring-Schachian: Die Praxis der Aktiengesellschaften. Berlin 1929.
Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1910.
— Kommentar zum neuen Aktiengesetz. Berlin 1938.
Simon: Die Bilanzen der Aktiengesellschaft. Berlin 1898.
Schacht: Reform des Aktienrechts. Berlin 1935.
Schindler: Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Generalversammlung und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft. Berlin 1933.
Schlegelberger: Aktiengesetz vom 30. Januar 1937. Berlin 1937.
Schlegelberger-Quasowski-Schmölder: Verordnung über Aktienrecht. Berlin 1932.
Staub: Als Gutachter beim 27. Deutschen Juristentag. Berlin 1904.
Staub-Hachenburg: Kommentar zum GmbH-Gesetz. 4. Aufl. Berlin 1903. Bearb. von Max Hachenburg. 5. Aufl. Berlin 1926.

Staub-Pinner: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. Berlin-Leipzig 1933.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB. München 1926.
Stein-Jonas: Zivilprozeßordnung. 1938.
Stier-Somlo: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Berlin 1905.
Teichmann-Köhler: Aktiengesetz. Berlin 1937.
Tscharmann: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Berlin 1896.
v. Völderndorff: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechtes. I. Suppl.-Heft. Erlangen 1884.
Wieland: Handelsrecht. Bd. I und II. München 1921/31.
Wißmann: Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Gießen 1922.

Lebenslauf.

Am 29. August 1914 wurde ich als Sohn des Fabrikanten Dr. Karl Rumpf und seiner Ehefrau Hilde geb. Bahl in Butzbach/Hessen geboren.

Von meinem 6. Lebensjahr an besuchte ich 3 Jahre die Stadtschule Butzbach und anschließend die dortige Oberrealschule, an der ich Ostern 1933 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1933 begann ich mein juristisches Studium an der Ludwigs-Universität in Gießen und trat nach 4 Semester, am 1. April 1935 freiwillig in den Arbeitsdienst ein, aus dem ich Ende September des gleichen Jahres entlassen wurde. Hieran anschließend setzte ich mein Studium an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt fort und bestand am dortigen Oberlandesgericht am 22. Oktober 1937 meine erste juristische Staatsprüfung. Am 1. Dezember 1937 wurde ich in den juristischen Vorbereitungsdienst übernommen und für die Dauer der ersten 7 Monate dem Amtsgericht Königstein zur Ausbildung zugewiesen.